إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية

دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة

مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء

من إعداد الطالبة القاضية :

قسنطينــي حــدة.

الدفعة الثانية عشر

2004 - 2001

مقدمة:

لقد قدس الإسلام الزواج و سماه ميثاقا غليظا و وضع له من القواعد ما يضمن به بقاؤه واستمراره إلا أنه و مع ذلك فقد شرع الطلاق استثناءا و اعتبره أبغض الحلال إلى الله عز وجل علاجا للحياة المتفككة، وقيده بجملة من الأحكام والإجراءات ينبغي على الزوج إتباعها حتى يقع طلاقه و يعتبر سنيا و صحيحا، و الطلاق لغة مأخوذ من الإطلاق و هو الإرسال والترك، وفي الشرع هو حل رابطة الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية، فالأصل أن عقد الزواج يعقد للدوام و التأبيد.

و قد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق و الأصح هو رأي الذين ذهبوا إلى حظره إلا لحاجة وهم الأحناف و الحنابلة و استدلوا على ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله كل مذواق مطلاق» ، كما قال أيضا صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله عزوجل الطلاق»

و قبل طرح مختلف الإشكاليات التي سوف نحاول معالجتها في بحثنا هذا ينبغي علينا الإشارة بنوع من الإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري بدءا بفترة الاحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية، وأنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية وأهم قانون كان يطبق آنذاك هو الأمر ٢٩٤-٥٩ الصادر في١٩٥٩/٠٢/٠٤بالإضافة إلى النصوص التطبيقية له[١]والجدير بالذكر في هذا المجال أنه في هذه المرحلة وإلى غاية صدور الأمر ٢٩٤- ٥٩ كان الطلاق إجراءا بسيطا لا يتطلب أية شكلية إذ يتم بإعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي ويتعين فيما بعد على الزوجة المطلقة رفع دعواها من أجل المطالبة بحقوقها المالية ، إلا أنه بعد ١٩٥٩ أصبح انحلال العلاقة الزوجية يخضع بصفة إلزامية إلى القضاء و ينظمه بصفة خاصة المرسوم رقم ٧٠٨٢-٥٩ المؤرخ في ١٩٥٩/٠٩/١٧ الذي تضمن اللائحة التنفيذية لأمر ٢٩٤- ٥٩.[٢]

---

[١] – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة لجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و لنشر ١٩٩٦ ، صفحة ١٠.

[٢] - Ghaouti Benmelha . Le droit algerien de la famille . office des publication universitaires 1993 . P195 .

أما بعد الاستقلال فقد صدر القانون رقم ٢١٨- ٦٣ المؤرخ في ١٩٦٣/٠٥/١٨ و الذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية و أنشأ مكانه المجلس القضائي الأعلى ، بالإضافة إلى المرسوم ٢٦١- ٦٣ المؤرخ في ١٩٦٣/٠٧/٢٢ و الذي ألغى المحاكم الشرعية و نقل إلى المحاكم المدنية العادية[٣]، واستمر الحال على ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري حيث أصبح الطلاق لا يمكن أن يتم إلا بتصريح من القاضي بعد محاولة الصلح.[٤]

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة ٤٨ منه بأنه حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين ٥٣و ٥٤ من هذا القانون.

إلا أن ما يعنينا في بحثنا هذا هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ذلك أنه وان كان المشرع الجزائري قد أطلق لفظ الطلاق على كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالخلع أو بطلب الزوجة إلا أن مسألة إثبات الطلاق في حد ذاتها لا تتعلق إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة، لأن دور القاضي هنا يكون سلبيا إذ يتحقق فقط من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها .

و عليه ومتى وقع الطلاق بهذه الصفة وجب على الزوجة أن تعتد و بانتهاء عدتها تبين من زوجها إما بينونة صغرى أو بينونة كبرى، ولكن ورغم صحة وقوع الطلاق من الناحية الشرعية إلا أنه قد يتدخل المشرع و يقيد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق باللجوء إلى القضاء و التصريح به أمامه، ومن ثمة فلا يمكن تصور وقوع الطلاق خارج إطار القضاء، ولكن ومع ذلك فإن الواقع العملي أثبت وجود هذه الحالات وهنا يطرح التساؤل:

كيف يتصرف القاضي أمام هذا الموقف مع وجود نص قانوني صريح ؟

٣-- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة لجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة للطباعة و النشر ١٩٩٦ ، صفحة ١٠.

٤ - Ghaouti Benmelha . Le droit algerien de la famille . office des publication universitaires 1993 . P195.

هل يحكم بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم ؟

و فيما إذا كانت الإجابة بنعم **كيف يتعامل مع آثار الطلاق مع العلم أن العدة تكون قد انقضت ؟**

هذا من جهة و من جهة أخرى تطرح **إشكالية الطعن في الحكم القاضي بالطلاق خاصة مع غموض نص المادة ٥٧ من قانون الأسرة و عدم النص على مسألة الطلاق العرفي.**

وعليه سوف نحاول الإجابة على مختلف هذه الإشكاليات و غيرها مما قد يطرح علينا من خلال الخطة التالية :

الخطــة:

الفصل الأول : كيفية إثبات الطلاق .

المبحث الأول : كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : ثبوت الطلاق بحكم .

المطلب الثاني : إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية .

المبحث الثاني : كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول : الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : طرق إثبات الطلاق شرعا و قانونا .

الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق .

المبحث الأول : إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق .

المطلب الأول : اتصال القاضي بالدعوى .

المطلب الثاني : تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق .

المبحث الثاني : طرق الطعن في الحكم بالطلاق و تنفيذه .

المطلب الأول : طرق الطعن في حكم الطلاق .

المطلب الثاني : تنفيذ الحكم المثبت للطلاق .

الفصل الأول: كيفية إثبات الطلاق .

في حقيقة الأمر أن مسألة إثبات الطلاق و إن كانت للوهلة الأولى تبدوا بسيطة إلا أنها تنطوي على غموض كبير خاصة في تفسير نص المادة ٤٩ من قانون الأسرة إذ يثار الإشكال حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان منشئا أو مقررا، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه نظرا لخصوصية الحكم بإثبات الطلاق فإنه لا مجال لإعمال سلطة القاضي فيه ذلك أنه يتعين عليه أن يحكم بالطلاق متى رفع إليه بناءا على إرادة الزوج المنفردة دون أن يكون له الحق في مناقشته، و عليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو **هل يدخل الحكم بالطلاق في الوظيفة الولائية للقاضي أم في الوظيفة القضائية له ؟**

وعلى صعيد آخر نجد أن التطبيقات القضائية تذهب إلى إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء وبأثر رجعي مع العلم أن هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية، وعليه **هل يمكن القول بأن مسلك القضاء سليم في هذا المجال أم أن ذلك بدعة قضائية ينبغي النزوح عنها ؟**

خاصة و أن المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة.

إجابة على مختلف هذه التساؤلات و غيرها فإننا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري و الذي نتطرق فيه إلى المبدأ الوارد به و هو عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي في مطلب أول و خروج القضاء عن هذا المبدأ بإثباتهم الطلاق العرفي بأثر رجعي في مطلب ثاني ، في حين نخصص المبحث الثاني إلى كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية على أساس أن المادة ٢٢٢ من ق. أ أحالت عليها في حالة الغموض ، و على أساس أن المرجع القضائي في إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي هو الشريعة الإسلامية و سوف نتطرق فيه إلى الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية في المطلب الأول أما المطلب الثاني فنخصصه لطرق الإثبات المقررة شرعا وقانونا.

المبحث الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة ٤٩ من ق.أ على ما يلي : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر .
يتضح لنا من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء إلا أن الإشكالية التي تثار في هذه الحالة هي مسألة إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بحكم قضائي وبأثر رجعي و هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري إلا أن القضاء استمر يحكم به حتى بعد صدور قانون الأسرة وعليه فإن السؤال المطروح **هو كيف يتم إثبات الطلاق في قانون الأسرة و ما مدى صحة اتجاه القضاء في هذا المجال ؟**
وهذا ما سوف نتناول الإجابة عنه فيما يلي:

المطلب الأول : ثبوت الطلاق بحكم قضائي .

كما سبق وأن ذكرنا فإن المادة ٤٩ من قانون الأسرة استعملت عبارة لا يثبت **و ليس** لا ينعقد أو لا ينشأ أو لا يقع الطلاق إلا بحكم .[٥]
وعليه يطرح التساؤل حول ما يرمي إليه المشرع الجزائري من خلال هذه العبارة : **هل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء أم أنه لا يمكن تصور الطلاق خارج ساحة القضاء ؟**
وهذا ما سوف نجيب عنه من خلال الفروع التالية :

الفرع ٠١/ ضرورة صدور حكم لإثبات الطلاق .

للوهلة الأولى يفهم من سياق المادة ٤٩ من ق . أ : أنه فقط مسألة الإثبات هي التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء .
ولكن : وبالرجوع إلى مواد قانون الأسرة نجدها تعتبر أن الطلاق لا يكون إلا بموجب حكم قضائي و أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي و أن هذا الطلاق هو طلاق بائن رغم أنه يعد انطلاقة لبداية احتساب العدة و بالتالي فإن المراجعة تكـون قبل

١- زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، ٣٢ حي المجاهدين بن عكنون الجزائر،ص٣١ .

صدورالحكم بالطلاق أي أثناء محاولة الصلح **فما طبيعة الرجعة في هذه الحالةو هل يمكن اعتبارها طلقة تدخل ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته أم لا ؟**

و بعبارة أخرى هل يفهم من ذلك بأن المشرع اعترف ضمنيا بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء أم أن المراجعة لا تنصرف إلى الطلاق الرجعي ؟

و إذا قلنا بأن الأمر كذلك **فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري لا يعترف بوجود الطلاق الرجعي لأنه بصدور الحكم تبين الزوجة من زوجها ؟**

إجابة على هذه الأسئلة نقول في البداية بأن المشرع قد حدد فترة زمنية تجرى خلالها محاولة الصلح وهي ثلاثة أشهر ممنوحة للزوجين من أجل مراجعة نفسيهما ،و بالتالي لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة إلا أنه في حالة امتداد المصالحة إلى أكثر من ثلاثة أشهر فإن المشرع لم يرتب أي جزاء على ذلك.

وفي رأيي أن عدة الزوجة عادة ثلاثة أشهر وعليه فقد رأى المشرع أن المصالحة خلال العدة لا تحتاج إلى عقد جديد ومن هنا جاءت مدة الثلاثة أشهر وبما أن الأمر كذلك فإننا نفهم أن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء [٦] ضمنيا و يبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب جزاءا عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر .

وفي هذا المجال يرى الأستاذ زودة عمر أن الرجعة التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي ،لأن الطلاق لم يقع بعد ، و تبعا لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن هذا إذا أخذنا بحرفية النص و بفكرة عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، أما إذا أخذنا بالمفهوم المقابل له و هو وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و ثبوته بحكم قضائي فإننا نكون كما سبق البيان أمام نوعين من الطلاق طلاق رجعي و آخر بائن.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد فرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى و الطلاق البائن بينونة صغرى ، و ذلك بنصه في المادة ٥١ من ق. أ على أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء .

و قد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن حيث جاء في قرارها أنه من المتفق عليه فقها و قضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع

---

[٦] – إعتراف المشرع بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء المقصود به في هذه الحالة هو الطلاق في مفهوم الشريعة الإسلامية وليس الطلاق في المفهوم القانوني.

من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق. أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناءا على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، و كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءا على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها و حسم النزاع بينها و بين زوجها.

و إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا.[٧]

وعلى صعيد آخر نجد أن عبارات قانون الأسرة جاءت غامضة، إذ نجد في المادة ٥٨ منه عبارة تاريخ التصريح بالطلاق فما لمقصود منها ؟ هل نعني بها تلفظ الزوج بالطلاق أم نعني بها تصريح القاضي به ؟

يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطا للإثبات و إنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق مالم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي و من ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، و من ثمة يعدّ المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و ليس وسيلة لإثباته.[٨]

ونجد أن المشرع الجزائري لم يستحدث أمرا جديدا و إنما أخذ برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإشهاد على الطلاق.[٩]

وعلى غرار التشريع الجزائري فقد ذهب التشريع التونسي إلى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء.[١٠]وذلك على خلاف التشريع المصري و الذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار و بينة ويمين.[١١]

---

[٧] . قرار المحكمة العليا رقم ٣٩٤٦٣ الصادر بتاريخ١٩٨٦م ق لسنة ١٩٨٦ع ١ ص١١٥ .

[٨] . عمر زودة ، المرجع السابق ص٣١ .

[٩] . زودة عمر المرجع السابق ص٣٣.

[١٠] . محاضرة ألقيت على طلبة المعهد الوطني للقضاء الدفعة ١٢ ، من القاضية التونسية السيدة جويدة قيقة بتاريخ ٢٠٠٤/٠٢/١٢ .

[11] . محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر و التوزيع ١٩٩٦ ص١٨٣ .

وقد ذهب الاجتهاد المصري إلى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا إلى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد، و حجتهم في ذلك هو حتى لا يحل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها و هو المختار.[١٢]

كما ورد في اجتهاد آخر أن يعامل المطلق في حق نفسه وحق الشرع بإقراره بالطلاق ، و بانقضاء العدة في زمن يحتمل فيه ذلك فليس له حق مراجعة مطلقته.[١٣]

وتجدر الإشارة إلى أنه و إن كان المشرع الجزائري لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية في مختلف المحاكم تعمل على إثبات الطلاق العرفي وترتب عليه آثاره بأثر رجعي، وقد عمت هذه الظاهرة في معظم محاكم البلاد و على رأسها محكمتي الجلفة و البويرة وقبل التطرق إلى مسألة الطلاق العرفي و الإشكاليات الناجمة عنه ينبغي علينا معرفة أولا **طبيعة الحكم بالطلاق فهل هو حكما منشئا أم مقررا ؟ وهل هو عملا قضائيا أم عملا ولائيا ؟**

الفرع الثاني: طبيعة الحكم بإثبات الطلاق.

إن البحث في طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية و التي تنقسم إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة و أحكام إلزام،وكل حكم تقابله دعوى خاصة به[١٤] ، ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا بأتم معنى الكلمة أم لا يعدوا أن يكون مجرد عملا ولائيا .

ونعلم أنه وكما سبق بيانه فإن حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي و الحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني و هنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي

---

[١٢] . أحمد نصر الجندي ، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، القاهرة ، ص٩٩١ .

٩. أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ص٩٩٦ .

[١٤] – أحكام الإلزام هي التي تتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، بينما الحكم المقرر فهو يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ،وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود في حين نجد أن الحكم المنشئ يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني ،وبمجرد الحصول على هذا القضاء تتحقق الغاية من الحماية القضائية ، أنظر في هذا الصدد الأستاذ زودة عمر ، المرجع السابق ، ص٩٩.

الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناءا على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من إخلال بالتزاماته و مثالها حق الزوجة في التطليق .[١٥]

ولذلك فإن طرق استعمال هذا الحق تختلف عن طرق استعمال الحق الإرادي الذي ولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني .[١٦]

إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي فقد قيده المشرع باللجوء إلى القضاء ، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل المقرر قانونا، و ذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق[١٧].

وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة الإنشاء لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين و يخلق بذلك وضعا جديدا و ذلك من تاريخ صريح القاضي به[١٨] ،إلا أن السؤال الذي يبقى مطروحا **هو ماهي طبيعة هذا الحكم ؟ هل يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي أم أنه عملا قضائيا ؟**

الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التمييز بين الأعمال القضائية و الأعمال الولائية للقاضي ، فالأصل في أعمال القضاء أنها ذات طبيعة قضائية بحتة واستثناءا تكون ذات طبيعة ولائية[١٩] ،و يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه و عليه و طالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع فإنه من المفروض أن يكون عملا ولائيا، إلا أن المشرع ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية .

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري و إن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب [٢٠]و دون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا –و هذا

---

[١٥]. عمر زودة ، المرجع السابق ص ١٠٤ .

[١٦]. زودة عمر ، المرجع السابق ص١٠٥ .

[١٧]. زودة عمر المرجع السابق ص ١٠٧ .

[١٨] – Ghaouti Benmelha . Le droit algerien de la famille . office des publication universitaires 1993 . P 204.

[١٩] – محمد عبد الخالق عمر ، قانون المرافعات ، طبعة ١٩٧٨ ، ص: ٦٤ .

[٢٠]– أنظر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا تحت رقم ٢٢٣٠١٩ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٦/١٥ المنشور في العدد الخاص من المجلة القضائية المتعلقة بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصيةسنة٢٠٠١ و الذي جاء فه ما يلي : من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله .

ومتى تبين – في قضة الحال – أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذن يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم .

و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون.

ما يفيد أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي- فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا وجعل له طبيعة الإنشاء و هذا ما انتهى إليه الأستاذ زودة عمر، ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه و ليس من تاريخ تصريح الزوج به ، و بالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم و هذا ما يدعونا إلى التساؤل حول مضمون الحكم المثبت للطلاق، **فما هو مضمونه ؟**

الفرع الثالث:مضمون الحكم بإثبات الطلاق.

يتضمن الحكم بالطلاق عادة شقين اثنين:

فأما الشق الأول فهو يتعلق بالطلاق و يصدر ابتدائيا نهائيا في حين نجد أن الشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق و يصدر ابتدائيا و عادة تكون صيغةالمنطوق كما يلي :

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علنيا حضوريا :

في الشكل : بصحة الإجراءات و بالتالي قبول الدعوى شكلا .

في الموضوع :

القضاء نهائيا بالطلاق بين كل من ...... و ...... مع أمر ضابط الحالة المدنية بتسجيله بسجلات الحالة المدنية لبلدية ...... و التأشير به على هامش عقد زواج الطرفين و شهادتي ميلادهما .

و القضاء ابتدائيا: بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق و إلزامه بأن يدفع للزوجة مبلغ ...... تعويضا عن الطلاق التعسفي، ومبلغ ...... كنفقة عدة و إسناد حضانة الأبناء ...... لأمهم على نفقة أبيهم بواقع ...... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا، مع منح الأب حق الزيارة يومي الخميس والجمعة و في المناسبات و الأعياد الدينية و أيام العطل، و إلزام الزوج بأن يخصص للحاضنة سكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل إيجار بواقع ...... شهريا.

و تجدر الإشارة إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي و المعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة، و من ثمة يتعين التمييز بينه و بين حق المتعة و الذي يعد حقا معترفا به لكل مطلقة بغض النظر عما إذا كان قد لحق بها ضرر أم لا .

الملاحظ في الواقع العملي أن قضاة الأحوال الشخصية لا يبادرون إلى سؤال الزوجين فيما إذا سبق و أن وقع طلاق بينهما كما أنني لم أجد حكما واحدا يتضمن عدد الطلقات

مع العلم أن القانون الجزائري يفرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى و الطلاق البائن بينونة كبرى .

وعليه و إذا قلنا أن الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ **فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي** ؟ وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الموالي :

المطلب الثاني: إشكالية الطلاق العرفي على ضوء التطبيقات القضائية لقانون الأسرة الجزائري:

رغم عدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة و كذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها ، بسماع الأطراف و كذا الشهود، و قد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض و أهمها القرار رقم ٩٩/١٩ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠١/٣٠ والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت ١٩٩٦ و إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ ٤٠,٠٠٠ دج عن الطلاق التعسفي و مبلغ ١٠٠٠٠ دج نفقة عدة و مبلغ ١٠٠٠ دج نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ ١٩٩٨/٠٦/٠١ إلى غاية النطق بالحكم و إسناد حضانة الابن لأمه.

وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئيا مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي.

وتجدر الملاحظة أن حذف التعويض لم يكن لعدم جوازه بل لكون أن الزوجة قد اعترفت بوجود اتفاق بينها و بين الزوجعلى الطلاق ، وبالتالي فقد أسسوا قرارهم على أساس المادة ٤٤٢ و ما بعدها من القانون المدني واعتبروا أن الصلح ينهي النزاع.

وفي حقيقة الأمر أن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى بنا إلى مشاكل عويصة خاصة و أن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي و سكت عن إثبات الطلاق العرفي، **فما هي أهم هذه الإشكاليات ؟**

الفرع الأول: حالة عدم تسجيل عقد الزواج.

تنص المادة ٢٢ من قانون الأسرة على أنه: يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون.

وقد حددت المادة ٩ من قانون الأسرة أركان عقد الزواج بنصها على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق.

يتضح لنا من خلال هاتين المادتين أن المشرع الجزائري يعترف بوجود عقد الزواج العرفي و يرتب عليه آثاره كاملة من إثبات النسب ووجوب النفقة ... إلا أنه قد يحدث أن يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيا أمام جماعة من المسلمين و ينصرف كل منهما إلى حال سبيله **فما مصير هذا الزواج و ما مصير الأولاد إن وجدوا ؟**

بادئ ذي بدء يجب القول أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج ومن ثمة وجب رفع أولا دعوى تسجيل الزواج وإلحاق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعا إذا سايرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق العرفي و التي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي.

إلا أن المعمول به على مستوى مجلس قضاء الجلفة هو أن يتم رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفي في نفس الوقت ، وجرت التطبيقات القضائية على قبول مثل هذه الدعاوى و الحكم فيها بحكم واحد ، وقد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم ٢٠٠٢/١٧٨ بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٦ بين ر. عبد القادر و ج . زوينة و الذي قضى بتأييد الحكم القاضي علنيا حضوريا نهائيا بالنسبة للطلاق وابتدائيا بالنسبة لما سواه بالإشهاد على صحة الزواج العرفي بين كل من ر . عبد القادر والمسماة ج . زوينة الحاصل سنة ١٩٩٤ وكذا الإشهاد على صحة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين سنة ١٩٩٦ و الحكمة من عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى إثبات الزواج هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن حكم الطلاق يكون نهائيا في حين أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا ومن ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزواج وقد يتم إلغاؤه من المجلس و هنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج ؟

الفرع الثاني: حالة إعادة أحد الزوجين الزواج

أ –حالة إعادة الزوج الزواج: و هذه الحالة لا تطرح إشكالا إلا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة مثلا أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبوية الشريفة إلا

أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الإستبراء، و من ثمة كان يستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا، وتتعقد المسألة أكثر بوجود أولاد منه.

ب- حالة إعادة الزوجة الزواج : و هذه الحالة تطرح إشكاليات كبيرة على الصعيدين القضائي و الشرعي ، وهنا ينبغي علينا أن نفرق بين حالتين :

-حالة المطلقة عرفيا من زواج عرفي : يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصبة للطلاق العرفي ذلك أن المفروض أن الطلاق العرفي لايمكن أن يكون في زواج رسمي إذ لا يقع الطلاق إلا بحكم و هو ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون الأسرة ، أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعا لا قانونا لأن الزواج عرفيا[٢١]، و المفروض أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطلاق ، إلا أن الإشكال يكمن في حالة وجود الأولاد ، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد مع الإشارة إلى أن الزوجة على ذمة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي ، وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به .

-حالة المطلقة عرفيا من زواج مسجل : و نكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا .

و تجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد، و بالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى السيد وكيل الجمهورية، وفعلا حدث ذلك بمحكمة الجلفة قسم الجنح حيث أدينت المطلقة عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجريمة الزنا.

وهنا يبرز التناقض الكبير بين أحكام الجهة القضائية الواحدة إذ من جهة نجد أن الزوجة دفعت بوقوع طلاق عرفي و بشرعية زواجها الثاني ، و هو الأمر الذي لم يعترف به قاضي الجنح، ومن جهة أخرى فإن محكمة الأحوال الشخصية تسير في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ، ومن ثمة كان ينبغي على القاضي أن يعتبر ذلك مسألة عارضة و يوقف الفصل في دعوى إثبات الطلاق لأنه بثبوت وقوع الطلاق نخرج من دائرة التجريم ، هذا طبعا

[٢١] - داود بن صالح ، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق، مجلة الموثق، جوان ٢٠٠١ ، عدد ١ .

من الناحية الواقعية العملية ، إلا أنه من الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائي جاء صائبا و في محله لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضـاء
و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها في هذا الصدد ، حيث ورد في أحد قراراتها أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها ، بل ذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا ، وقد ورد في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهمة بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت و استشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعين على المجلس قبل الفصل في الدعوى و القضاء بإدانة المتهمة بالزنا ، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصر نهائيا بعد و إلا كان قراره مخالفا للقانون و يستوجب نقضه. [٢٢]

الفرع الثالث :احتساب العدة.

تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي ذلك أن القواعد العامة تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق، ولكن وبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجده ينص على تاريخ التصريح بالطلاق ، إلا أن هذا النص المقصود به هو الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء و ليس مسألة الطلاق العرفي، ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة و إنما ينبغي على القاضي أن يحكم بها من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

و نجد أن الإشكال يثور بصفة خاصة في نفقة العدة، وقد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بها و أمكن إثباتها وهذا ما يتفق مع القواعد العامة للقانون وطالما كان الأمر كذلك فمن حق الزوجة المطالبة بها في أي وقت شاءت متى تمكنت من إثبات عدم أدائها.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري و من استقراء نصوص قانون الأسرة يتبين لنا وأنه لا يعترف بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك ولم ينظم هذه المسألة و هذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي و الذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استنادا إلى الشريعة الإسلامية و التي ورد النص بالإحالة عليها

---

[٢٢] – أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الطبعة الثالثة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠١ ص:١٣٢ .

في كل ما لم ينص عليه قانون الأسرة وهذا ما يفرض علينا التطرق إلى كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية، **فكيف يتم ذلك ؟**

المبحث الثاني: كيفية إثبات الطلاق في الشريعة الإسلامية .

نظرا لعدم وضوح اتجاه المشرع الجزائري فإنه ينبغي علينا الرجوع إلى تنظيم الطلاق في الشريعة الإسلامية ومدى تطابقه مع قانون الأسرة وبعبارة أخرى **هل تركت الشريعة الإسلامية حق الطلاق حرا بلا قيود أم أنه ثمة هناك قيود يتعين على الزوج الالتزام بها حتى يقع طلاقه؟ و إذا تم الطلاق فماهي الطرق الشرعية المقررة لإثباته ؟**

المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الشريعة الإسلامية.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق هو حق للرجل ، و لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو طريقة استعمال هذا الحق **هل يتم بصفة تلقائية أم يجب أن يحترم فيه الزوج ترتيب معين؟ هذا من جهة ومن جهة أخرى هل هو حق مطلق أم مقيد ؟**

وعلى هذا الأساس سوف نتناول بالدراسة فيما يلي كيفية استعمال الزوج لحق الطلاق و مدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية، مع العلم أن الحق ينقسم إلى حق يقابله التزام و حق إرادي لا يقابله أي التزام فهو مقرر لصاحبه. [٢٣]

الفرع الأول: حق الزوج في إيقاع الطلاق.

ذهب جمهور الفقهاء من السلف و الخلف إلى أن الطلاق يقع بدون إشهاد لأنه من حقوق الرجل و قد جعله الله بيده و لم يجعل الله لغيره حقا فيه حيث قال تعالى:« يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ... » و قال ابن القيم: فجعل الطلاق لمن نكح لأن له الإمساك و له الرجعة.

ولكي يباشر الزوج حقه فلا يحتاج إلى بينة ولم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ما يدل على مشروعية الإشهاد. [٢٤]

---

[٢٣] . عمر زودة ، المرجع السابق ص٢٢ .

[٢٤] –عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية سنة ١٩٥١ بيروت ، ص١٩٠ .

وقد اتجه جمهور الفقهاء إلى ذلك بل إنهم قالوا بأن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه فهو مندوبا لا واجبا وبالتالي وطبقا لهذا الرأي فإن الحق في الطلاق هو من التصرفات الحرة ، ويكفي لترتيب الأثر القانوني أن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة كانت ، بل و يذهب أبعد من ذلك و هو وقوع الطلاق الواقع وقت حيض الزوجة مع إثم الزوج ديانة.[٢٥]

ونظرا لكون الطلاق هو حق من حقوق الزوج فإنه له أن ينيب عنه غيره سواء كانت زوجته أم غيرها و هذا ما ذهب إليه المالكية و تنقسم هذه النيابة إلى قسمين:
الأولى بأن يرسل الزوج إلى زوجته رسولا يعلمها بالطلاق، فالرسول هنا لم يجعل له الزوج إنشاء الطلاق ، و إنما له فقط إعلام الزوجة بوقوع الطلاق بعبارة الزوج نفسه والثانية تفويض الطلاق وهي ثلاثة أنواع توكيل ،تخيير وتمليك .[٢٦]

وباعتبارأن الطلاق هو من التصرفات الشرعية التي تصدرعن الزوج بإرادته المنفردة فقد قيدته الشريعة الإسلامية بجملةمن الشروط و القيود ينبغي توافرها لوقوعه، وخارج ذلك إما أن يعتبر بدعيا لعدم احترام الزوج إجراءات الطلاق أو تعسفيا لعدم وجود المبرر الشرعي ومن هنا جاء تقسيم الطلاق إلى سني و بدعي، فأما الطلاق السني فهو أن يوقع الزوج على زوجته المد خول بها طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه، فإذا طلقها وهي حائض أو في طهر مسها فيه أو أوقع عليها طلقتين متتاليتين أو ثلاث فطلاقه بدعي.[٢٧]

والطلاق البدعي مكروه و محرم في المذاهب السنية أما في المذهب الجعفري فهو طلاق فاسد لا يقع. و يجب على الذي يطلق امرأته أن يردها إليه قبل انتهاء عدتها عند المالكية و الحنفية، ويسن ذلك عند الشافعية والحنابلة، وذلك لأن عمله معصية و الرجوع عن المعصية ضروري ،هذا إذا أمكنت الرجعة أما إذا طلقها ثلاث أو واحدة مكملة للثلاث فلا رجعة.[٢٨]

---

[٢٥] – عمر زودة ، المرجع السابق ، ص٢٦.

[٢٦] – عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٦٩ ، ص٢٧٦.

[٢٧] – عمر فروخ ، المرجع السابق ،ص١٧٣.

[٢٨] – عمر فروخ ، المرجع السابق ،ص١٧٤.

و عليه فإن الطلاق هو حق مقرر للزوج الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لإمكانية ممارسة هذا الحق و ذلك بأن يكون عاقلا ، فلا يصح طلاق المجنون و لو كان جنونه متقطعا.[٢٩]

الفرع الثاني: الإشهاد على الطلاق كقيد على حق الزوج .

ذهب فقهاء الشيعة الإمامية إلى اعتبار أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه و تعالى في سورة الطلاق:« وأشهدوا ذوي عدل منكم و أقيموا الشهادة لله » و ظاهر الأمر من هذه الآية الكريمة في الشرع أن الإشهاد يقتضي الوجوب.

وقد روى الإمام ابن كثير في تفسيره عن ابن جريح أن عطاء كان يقول في قوله تعالى:«وأشهدوا ذوي عدل منكم » قال: لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا إرجاع إلا شاهد عدل ولم ينفرد بوجوب الإشهاد فقط علماء آل البيت بل هومذهب عطاء وابن سيرين وابن جريح.[٣٠]

وقد قال الزمحشري : إن المعني بالخطاب في الآية ٢٢٩ من سورة البقرة : « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله » هو الأئمة والحكام ، والأمر نفسه في الآية ٣٥ من سورة النساء :« و إن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ». حيث لهم أن يتدخلوا لرفع الأذى و المضرة، وكذلك الأمر نفسه في سورة الطلاق: « واشهدوا ذوي عدل منكم » ، ومن ثمة وجب على الزوج أن يشهد شهيدين من المسلمين على طلاقه .

والإشكال الذي طرح هنا هو موقف القضاة من الزوج الذي يطلق زوجته بدون إشهاد فإن أقروا طلاقه خالفوا الآية الكريمة التي تدعوا إلى الإشهاد على الطلاق وإن رفضوا إقراره سمحوا له بالاستمرار في معاشرة زوجته وهي مطلقة في علم الله.[٣١]

والإجابة على ذلك أنه ما دام و أن روح الآيات تساعد على جعل تنظيم الطلاق منوطا بالقضاء وأن السنة النبوية الشريفة جرت على ذلك وأنه ليس في الكتاب ولا السنة ما يمنعه فإن أقر بذلك أولياء الأمور وأصبح تشريعا صار الشذوذ عنه باطلا. [٣٢]

ومن محاسن ضرورة الإشهاد على الطلاق مع إتباع الخطوات الصحيحة في إيقاعه والمتمثلة في طهر المرأة هو إعطاء فرصة للزوج لإعادة التفكير فإن بقي مصمما رغم

الفصل الأول: كيفية إثبات الطلاق

[٢٩] – المقصود بالجنون هو زوال العقل أما الذي لا يزول عقله و إنما يغطى بسبب تناول الخمر أو المخدرات فيختلف حكم وقوع طلاقه حسب الحالات ، فإذا كان قد تناولها لعلة فيه أو كان معتقدا بأنها لا تسكر فإن طلاقه لا يقع أما إذا تناولها مع علمه أنها تسكر فإن طلاقه يقع ، أنظر في هذا المجال عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الرابع ، ص: ٢٨٢.

[٣٠] – السيد سابق ، فقه السنة ، دار الطبع للإعلام العربي ، المكتبة العصرية ، بيروت ،المجلد الثاني ١٩٩٩، ص:٢٩٢.

[٣١] . محمد عزة دروزة، المرأة في القرآن والسنة ، منشورات المكتبة العصرية بيروت ، ص١٠٠ .

[٣٢] . محمد عزة دروزة ، المرجغ السابق ص١٠٠.

حضور الشاهدين و مرور الوقت الزمني فإن طلاقه يكون قائما على أسباب قوية وليست عرضية وهذا هو الطلاق المقصود في الشريعة الإسلامية.[٣٣]

المطلب الثاني: طرق إثبات الطلاق شرعا وقانونا :

إن مسألة إثبات الطلاق من الناحية الشرعية لا تكتسي غموضا ذلك أنه يثبت بكافة طرق الإثبات من إقرار و بينة و يمين ، فإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها و أنكر هو فمذهب المالكية أنه إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق ، و إن أتت بشاهد واحد حلف الزوج و برئ و إن لم يحلف سجن حتى يقر أو يحلف ، وان لم تأتي بشاهد فلا شيء على الزوج ، و عليها منع نفسها منه بقدر جهدها،و إن حلف بالطلاق و ادعت أنه حنث فالقول قول الزوج بيمينه .

و ذكر الحنابلة أنه إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل بقاء النكاح و عدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ، و لا يقبل فيه إلا عدلان لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال و يطلع عليه الرجال في أغلب الأحوال كالحدود و القصاص، فإن لم تكن هناك بيّنة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: اليمين على من أنكر.[٣٤]

و توضيحا لما سبق ينبغي علينا التطرق إلى طرق الإثبات المقررة شرعا و مطابقتها بتلك المقررة قانونا لنخلص في النهاية إلى مسلك القضاء الجزائري في مسألة إثبات الطلاق العرفي:

الفرع الأول: الإقرار.

الإقرار شرعا هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل باللفظ وما في حكمه، وبذلك يخرج من مدلول الإقرار ما يدعيه الخصم من حق له على الغير.[٣٥]

فإذا أقر الشخص بحق لزمه، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر بخلاف البينة و ذلك لقصور ولاية المقر وعدم امتدادها إلى غيره، فإذا ادعت الزوجة حصول الطلاق و أقر الزوج بذلك لزمه هذا الإقرار و يثبت الطلاق.

---

[٣٣] . عمر زودة ، المرجع السابق ص٣٠ .

[٣٤] – وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر دمشق طبعة خاصة بالجزائر ١٩٩٢ ، ص: ٤٦٠.

[٣٥] . محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص ١٨٣ .

والإقرار يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة مع العلم أن الإقرار بالطلاق كاذبا يقع قضاءا لا ديانة.[٣٦]

هذا إذا أقر بطلاق سابق ، أما إذا نوى إنشاء طلاق جديد فالظاهر وقوع الطلاق بها لأنها صيغة تحتمل الإنشاء .[٣٧]

وينبغي الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدءا للطلاق و لكن قد يطرح السؤال : ما هو الحكم في حالة الإكراه على الإقرار بالطلاق ؟

هنا لا يقع الطلاق في حالة توافر البينة الشرعية على وقوع الإكراه .[٣٨]

وقد نص المشرع الجزائري على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات الالتزام في المادة ٣٤١ ق.م بقوله أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

و في حقيقة الأمر أن الإقرار وإن كان بمثابة الدليل القاطع على ثبوت الواقعة محل النزاع بل ويترتب عليه إزالة النزاع حولها، إلا أنه في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ماهو إعفاء منه، ولذلك فالإقرار يغني عن إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها و لذا فليس من المتوقع أن يكون أمرا كثير الوقوع في الحياة العملية ،ولا تظهر أهميته إلا عندما يعوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.[٣٩]

الفصل الأول: كيفية إثبات الطلاق

[٣٦] . محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص١٨٤ .

[٣٧]. ونجد أنه في حالة إقرار الزوج بالطلاق مع إسناده إلى زمن سابق فإن المعمول به في مصر أن آثار الطلاق تترتب عليه من تاريخ الإقرار مطلقا سواء صدقته الزوجة أو قالت لا أدري أو كذبته، نفيا لتهمة الاتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق ، و إسناده إلى زمن ماض تكون فيه العدة قد انقضت فيه ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج بأختها أو بأربع سواها ، غير أنه إذا صدقته فتعامل بهذا الإقرار في حق نفسها فإذا كانت العدة قد انقضت طبقا للتاريخ الذي أسند إليه الطلاق سقط حقها في النفقة و الكسوة ، وإذا انقضى جزء منها سقط حقها في النفقة و الكسوة عما انقضى منها ، أما السكن فلا يسقط لأن فيه حق الله تعالى ، وإذا قامت على صحة تاريخ الطلاق بينة شرعية تكون هي و ليس الإقرار سنده ، أنظر في هذا الصدد محمد عزمي البكري المرجع السابق ص١٨٥ .

[٣٨] . محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص١٩٢ .

[٣٩] – مفلح عواد القضاة،البينات في المواد المدنية و التجارية ، جمعية عمال المطابع التعاونية،عمان١٩٩٤ ، ص ٢١٩.

كما نصت المادة ١/٣٤٢ من ق. م على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ويتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري يأخذ فقط بصورة الإقرار القضائـي دون أن يتطرق للإقرار غير القضائي[٤٠] و عليه فإن الإقرار القضائي متى صدر مستوفيا لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه و يجب على القاضي أن يأخذ به و عدم إجراء أي بحث فـي موضوعه بعد حصوله ، وهذه القطعية في الإثبات لا تغني المقر عن إثبات صدوره منه عن غلط أو تدليس أو إكراه ... [٤١]

الفرع الثاني : البينة .

البينة حجة متعدية ، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه لوحده بخلاف الإقرار ، ونصاب البينة في إثبات الطلاق شهادة رجلين أو رجل و امرأتين ، ولا تجوز الشهادة بالتسامع في الطلاق لأن الشهادة بالتسامع إنما أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج و تعطيل الأحكام ، وليس إثبات الطلاق من بين هذه المسائل .

الفرع الثالث : اليمين .

اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر ، ولما كانت اليمين عملا دينيا فإن من يكلف بأداء اليمين عليه أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة شرعا .

واليمين طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليها القاضي إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب فيحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة يوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة المقدمة من نقص .[٤٢]

و قد نص المشرع الجزائري على اليمين في المادة ٣٤٣ و ما يليها من القانون المدني ، إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق و أنكره الآخر و لم يقدم مدعي الطلاق بينة عليه فله أن يطلب من القاضي توجيه اليمين فإذا حلف بأن الطلاق لم يقع قضى برفض الدعوى ، أما إذا نكل عن اليمين قضى للمدعي بطلباته لأن النكول في حكم الإقرار بما يدعيه المدعي .[٤٣]

---

[٤٠] – الإقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج ساحة القضاء أو يقع أمام القضاء و لكن في غير الدعوى بالواقعة المقر بها ، أنظر في هذا الصدد مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص : ٢٣٥ .

[٤١] – مفلح عواد ، المرجع السابق ، ص :٢٢٧.

[٤٢] – مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق ، ص: ١٦٥.

[٤٣] – محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص١٩٤ .

وبعد أن تعرضنا إلى طرق إثبات الطلاق شرعا فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: **كيف يتم إثبات الطلاق العرفي في القضاء الجزائري ؟**

في حقيقة الأمر لم ينص قانون الأسرة أصلا على مسألة إثبات الطلاق العرفي حتى يضع له طرقا للإثبات ، ومع ذلك فإن اتجاه القضاء الجزائري ذهب إلى إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بالبينة و ذلك بإجراء تحقيق في الموضوع بسماع الشهود وينم ذلك حتى في حالة إقرار الزوج و تصديقه من الزوجة ، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر الإقرار هو الأساس المثبت لوقوع الطلاق ومع ذلك يتم سماع الشهود لتأكيد الواقعة أكثر، ولا نجد في القضاء الجزائري ما يفيد إثبات الطلاق العرفي باليمين إلا أنه من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع ذلك .

و تأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يلي : من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة و ترفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق و لي لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم و كذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية . [٤٤]

كما جاء في قرار آخر أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ و مكان هذا الطلاق ، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض و النقص في محتواها .[٤٥]

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن إعتراف المحكمة العليا بالطلاق العرفي لم يتجسد فقط في قراراتها القديمة بل إنه موقفها حتى في قراراتها الحديثة و يتضح ذلك بصفة خاصة من خلال قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٢/١٦ و الذي جاء في المبدأ الثاني منه أنه من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء .

ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين ، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام

---

[٤٤] – قرار المحكمة العليا رقم ٣٥٠٢٦ بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٠٣ م ق ١٩٨٩ ع ٤ ص٨٦ .

[٤٥] –قرار المحكمة العليا رقم ٣٨١٠٥ م ق ١٩٨٩ ع ١ ص ٩٨ .

جماعة من المسلمين ، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق ، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون .[46]

[46]– قرار المحكمة العليا رقم ٢١٦٨٥٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٢/١٦.العدد الخاص ، مجلة المحكمة العليا المتضمنة الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ، سنة٢٠٠١ ، ص١٠٠.

الفصل الثاني : إجراءات إثبات الطلاق .

انتهينا في الفصل السابق إلى أنه من الناحية القانونية لا يثبت الطلاق إلا بحكم و هذا الحكم له طبيعة الإنشاء و هو عمل يدخل في إطار الوظيفة الولائية للقاضي رغم صدوره في شكل حكم قضائي، ذلك أنه يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الأفراد، ومن ثمة فإن دور القاضي يكون فيه سلبيا، كما انتهينا إلى أن الطلاق في حد ذاته هو حق إرادي للزوج إلا أن هذا الحق يمارس وفقا للشكل القانوني ومن هنا يطرح السؤال حول **الإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق .**

وعلى صعيد آخر نجد أن التطبيقات القضائية في مختلف محاكم الوطن تذهب إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي و هنا يطرح السؤال حول **مدى صحة هذا الاتجاه و الإجراءات المتبعة في ذلك و مدى شرعيتها .**

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن أكبر إشكالية هي تلك المتعلقة بالطعن في الحكم بالطلاق ذلك أن قانون الأسرة ينص على عدم القابلية للاستئناف إلا أنه لم يتحدث عن الطعن بالنقض **فهل يجوز الطعن في حكم الطلاق بطرق الطعن العادية و غير العادية وما هو موقف القضاء في هذه الحالة ؟**

و عليه سوف نحاول قدر الإمكان الإجابة على هذه الإشكاليات و ذلك من خلال مبحثين إذ نتطرق في المبحث الأول إلى إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق والذي نتناول فيه كل من دعوى الطلاق و دعوى إثبات الطلاق العرفي و مدى شرعية إجراءات هذه الأخيرة ، أما المبحث الثاني فنخصصه لطرق الطعن في حكم الطلاق و كيفية تنفيذه .

المبحث الأول : إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق .

نعلم أنه قبل استصدار حكم من القضاء ينبغي مراعاة الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في العريضة الافتتاحية بالإضافة إلى التأسيس الموضوعي وعليه فإن دعوى إثبات الطلاق يجب أن ترفع إلى محكمة مختصة بموجب عريضة وفقا لما يقضي به القانون و بعد توصل القاضي بالعريضة يأتي دوره في استكمال شكليات لإثبات الطلاق .

فما هي الشروط الواجب توافرها لإصدار الحكم بإثبات الطلاق ، و كيف يتعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى لإثبات الطلاق ؟

المطلب الأول: اتصال القاضي بالدعوى.

يتم عادة رفع الدعوى من الزوج إذا كنا بصدد دعوى الطلاق ، و هذا على خلاف دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي يمكن أن ترفع من كل من له مصلحة في ذلك و عادة يكون أحد الزوجين أو الورثة ، ولكي تقبل الدعوى أمام القضاء يجب توافر شروط قبولها من صفة و مصلحة وأهلية ، كما ينبغي أن يجسد الطلب في عريضة افتتاحية وفقا لما يقضي به القانون و أن ترفع أمام الجهة المختصة بهذه القضايا ، وهذا ما سوف نتناوله فيما يلي :

الفرع الأول : قواعد الاختصاص.

أ- الاختصاص المحلي : بالرجوع إلى المادة ٠٨ من ق. إ . م نجدها نصت صراحة على أن دعاوى الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بها مسكن الزوجية ، وبمأن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام و بالتالي يمكن رفع دعوى الطلاق أمام أية محكمة أخرى بشرط ألا يدفع الخصم بعدم الاختصاص المحلي ، و مسألة الاختصاص على بساطتها تثير العديد من المشاكل فكثيرا ما يتقدم أمام القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان الإقامة عدة مرات ، ففي هذه الحالة **ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي ؟**

الرأي الراجح في هذه الحالة هو السكن الأخير.

و تجدر الإشارة إلى أن الاختصاص المحلي بالنسبة للجزائريين المقيمين في الخارج يعود المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي ، وفي حالة عدم وجوده يحل محله مكان الإقامة العادي و هذا ما يتجسد من خلال قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي : من المقرر

قانونا أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى وأن موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه مقر سكناه الرئيسي ، و عند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي ، وكما ثبت في قضية الحال أن المتخاصمان جزائري و جزائرية يقيمان مؤقتا ببلد أجنبي و طلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية فإن قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي فإنهم بذلك قد دفعوا الطرفين إلى التقاضي أمام القضاء الأجنبي وإن المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين معه نقض وإبطال قرارهم المطعون فيه .[٤٧]

ب- اختصاص القانون الجزائري : و نتحدث في هذا المجال عن حالة تنازع القوانين المراد تطبيقها على مسألة الطلاق ، و هنا ينبغي علينا الرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني حيث تنص المادة ١٢ منه على أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ، في حين تنص المادة ٣ منه على أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين١١ و ١٢ إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج .

من خلال هاتين المادتين يمكن القول أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إبرام عقد الزواج لا مجال للحديث عن تطبيق القانون الأجنبي ، إلا أنه في حالة كون الزوجين أجنبيين فإنه يطبق على الطلاق قانون الزوج وقت رفع الدعوى ، ومفاد هذه القاعدة هو أنه يمكن أن يتم الزواج في ظل قانون معين ثم يقوم الزوج بالتجنس مما يؤدي إلى تطبيق قانون الجنسية الجديدة على انحلال هذا العقد .

و إذا كانت مسألة الاختصاص لها أهميتها في دعوى إثبات الطلاق فإن شروط رفع الدعوى لا تقل عنها أهمية ، **فما هي شروط قبول دعوى إثبات الطلاق ؟**

الفرع الثاني : شروط رفع دعوى إثبات الطلاق

.

أ- الشروط الواجب توافرها في الزوجين:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة ٤٥٩ ق.إ.م على أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء مالم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك.

[٤٧] – قرار المحكمة العليا المؤرخ في ١٩٩٢/١٠/٢٧ ملف رقم٨٦٣٠٥ م ق لسنة١٩٩٥ ع ١

فأما الأهلية فإن القانون المدني يعرفها بأنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و التحمل بالالتزامات والأهلية في الاصطلاح القانوني على نوعين:أهلية وجوب وأهلية أداء. [٤٨]

والمقصود بالأهلية في مجال الخصومات الزوجية هو أهلية التقاضي أمام المحكمة بمعنى أنه إذا تنازع الزوجان و تخاصما خصاما شديدا فإنه لكي تنظر المحكمة في موضوع نزاعهما يجب أن يكون كل واحد منهما متمتعا بأهلية التقاضي و بالغا سن الرشد المدني و هو ١٩سنة من العمر كاملة وفقا لما نصت عليه المادة ٤٠ ق . م و متمتعا أيضا بقواه العقلية و ألا يكون محجورا عليه[٤٩] لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقبل دعوى من أو على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بواسطة ممثله القانوني ، هذا بتطبيق القواعد العامة إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصيتها إذ أنها حق شخصي للزوج وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط لذلك فإنه في الشرع الإسلامي يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته ، ومن ثمة وطالما لم يتعرض قانون الأسرة لهذه المسألة فلا مانع من تبني ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، و تبقى مسألة اللجوء إلى القضاء مسألة إجرائية .

و الأمر نفسه فيما يخص طلاق المريض مرض الموت مما يجعلنا نعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال و لاسيما ما يتعلق منها بصحة الطلاق و إمكانية التوارث بين الزوجين إذا حدثت الوفاة خلال أو اثر مرض الموت .

لقد أجمع الفقهاء على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت و على التوارث أثناء عدة الطلاق الرجعي و اختلفوا على مدة و زمان إمكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن.[٥٠]

---

[٤٨] – الغوثي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري ، الطبعة الثانية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٠ ، ص٢٤٣ .

[٤٩] – في الفقه الإسلامي يجوز للزوج ناقص الأهلية و الذي تم الحجر عليه إيقاع طلاقه لأنه يملك النكاح ومن باب أولى أن يملك إنهاؤه ولأن موضع الحجر هو التصرفات المالية، و النكاح و آثاره و كل ما يتعلق به ليس موضع حجر فصح أن يقع منه الطلاق و لو منع من الطلاق لوجب أن يمنع من الزواج كما أنه ليس لغير الزوج سواء كان وليا أو وصيا أن يوقع الطلاق لأن أحكام عقد الزواج كلها ترجع إلى الزوجين لا إلى من تولى العقد و لو كان وليا على النفس و إذا كان الزوج مجنونا و تضررت الزوجة من العشرة معه فلها أن ترفع أمرها إلى القضاء و الذي يطلقها في هذه الحالة للضرر الثابت لأنه لم يتحقق الإمساك بمعروف فلم يبقى إلا التفريق بالإحسان فيتولى القاضي ذلك نيابة عن الزوج ، أنظر في هذا الصدد الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة ، ص٢٩٢.

[٥٠] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص: ٢٧٧.

ذهب الأحناف إلى انه إذا طلق المريض زوجته طلاقا بائنا و مات من هذا المرض ورثته ، و إذا مات بعد انقطاع العدة فلا ميراث لها ، أما إذا طلقها ثلاثا بأمرها أو باختيارها ثم مات و هي في العدة لم ترثه . في حين ذهب المالكية = إلى حقها في الميراث سواء كانت في العدة أم لا و سواء تزوجت أم لم تتزوج ، أنظر في هذا الصدد السيد سابق المرجع السابق ص٣٠٧.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في المادة ١٣٢ منه على انه : إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي و عدة الطلاق البائن .

و خلاصة القول أن حكم الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح شرعا و قانونا و لا يجوز الطعن فيه أو الادعاء ببطلانه و أن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إذا مات أحدهما أثناء عدة الطلاق الرجعي، و يبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها إذا مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها كلما ثبت أن الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة و هذا ما يسمى عند الفقهاء بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض قصده.[٥١]

و بمأن الطلاق هو من حقوق الزوج فإنه يجوز له توكيل غيره في إيقاعه و ينصرف هذا الأثر إلى الزوج ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها إذ جاء فيه أنه من المقرر قانونا أن الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه و أن الوكالة الخاصة الرسمية تصح للمرافعة أمام القضاء .

ومن المقرر أيضا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية.

و من ثمة يتعين القول أن الزوج الذي وكل والده نيابة عنه في إجراءات التقاضي في دعوى الطلاق موضوع النزاع الحالي بناءا على وكالة رسمية والتي تحدث آثارها القانونية عكس ما ذهبت إليه الطاعنة بالقول لا تصح الوكالة في مثل هذه الحالات، إلا أن ما يؤخذ على قضاة الاستئناف عدم قبول الاستئناف شكلا من دون مراعاة أحكام المادة ١٠٢ ق . إ . م بدعوى أن الطلاق نهائي و كان المفروض النظر في مسألة الاستئناف و بعد قبوله ينظر في موضوع الطلاق و يحكم بعدم الاختصاص لكون الحكم صدر نهائيا . [٥٢]

و بصفة عامة فإن المعمول به في حالة نقصان الأهلية هو رفع الدعوى من ولي الزوج ناقص الأهلية أو ضده ، و في حالة المنازعة في الأهلية فإنه يعود الأمر للقاضي لتقدير نقص الأهلية من عدمه و ذلك بتعيين خبير مختص لإجراء خبرة حول المسألة .

و تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي في هذا المجال يعتبر أن القاصر يرشد بالزواج بقوة القانون وأن هذا الترشيد شرعي و آلي، بل أكثر من ذلك فهو يعتبر كنتيجة

[٥١] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص :٢٧٨.

[٥٢] – قرار المحكمة العليا رقم ١١٠٠٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٥ م ق لسنة ١٩٩٤ ع ٣ ، ص ٧٩ .

للإرادة الضمنية للآباء ، وأن الضرورة الحتمية تفرض اعتبار الترشيد كأثر للزواج ذلك أن الزوج يصبح رئيس للعائلة و عليه ينبغي أن يتمتع ببعض الحرية في ممارسة وظيفته و كذلك الزوجة فهي تتحمل أعباء الأسرة و عليه ينبغي الاعتراف لهما بحد أدنى من الاستقلالية عن الآباء .[٥٣]

و من ثمة فان الزوج القاصر متى تزوج أصبح أهلا لان يرفع دعوى الطلاق أو أن ترفع ضده.

في حين لم يتناول المشرع الجزائري هذه المسألة بل سكت عن ذلك و السكوت معناه الإحالة على القواعد العامة ، و مع ذلك نجد المادة ٣٣٤ من قانون العقوبات الجزائري تنص على ما يلي :... و لو تجاوز السادسة عشر من عمره و لم يصبح بعد راشدا بالزواج .... و عليه إذا أخذنا بحرفية النص يمكن القول أنالمشرع الجزائري يأخذ ضمنيا بفكرة الترشيد إلا أن الراجح أن المسالة لا تعدوا إلا أن تكون مجرد خطأ مطبعي أو سهو عندما تم الاقتباس من القانون الفرنسي.

و الرأي عندنا هو انه ينبغي على المشرع أن يتدخل لتقنين هذه المسالة ذلك أن مسالة كون الرجل أو المرأة يتحمل اعباء أسرة بأكملها و في الوقت نفسه لا يملك أن يباشر حقوقه الإجرائية من رفع الدعاوى و الدفاع عن نفسه بنفسه في حالة رفعها ضده تنطوي على نوع من التناقض.

و في الختام ينبغي التنويه إلى أن الأستاذ زودة عمر يعتبر الأهلية شرط من شروط صحة المطالبة القضائية و ليس لقبول الدعوى ذلك أن تخلفها يترتب عليه دفع شكلي في حين أن تخلف شروط قبول الدعوى يترتب عليها دفع بعدم القبول .[٥٤]

<u>و أما الصفة</u> فإن المقصود بها هو أن يكون صاحب الحق حل اعتداء هوالذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع من اجل تقرير هذا الحق أو حمايته.[٥٥]

وعليه فإن الصفة هي الوصف الذي يسحب على الأطراف فإذا رفعت الدعوى على غير ذي صفة يحكم بعدم قبول الدعوى، و المفروض أن الصفة تثبت لكل شخص تم الاعتداء على حقه غير انه قد يوجد هذا الشخص في استحالة مادية أو قانونية تمنعه من استعمال حقه في الدعوى أمام القضاء و لذلك تباشر هذه الدعوى بواسطة ممثله القانوني، في هذه الحالة تثبت للممثل القانوني ما يعرف بالصفة الإجرائية.

[٥٣] – Gabriel Marty /Pierre Raymand . Droit civil . les personnes. sirez 1967 page614.

[٥٤] – زودة عمر، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية ، ملقاة على الطلبة القضاة ، الدفعة ١٢ ، ٢٠٠.

[٥٥] – الغوتي بن ملحة ، المرجع اسابق ، ص: ٢٣٦.

و نجد انه في حالة تخلف الصفة الإجرائية يترتب عليها بطلان الإجراءات كما أن زوال الصفة في الدعوى يؤدي إلى انقضائها في حين أن زوال الصفة الإجرائية يؤدي إلى انقطاعها.[٥٦]

و الصفة في دعاوى إثبات الطلاق معناها أن يكون أحد الزوجين الذي يرفع دعواه ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى و تقديمها إلى المحكمة، بمعنى انه يجب لتحقيق هذا الشرط أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو احد ممثليهما قانونا.[٥٧]

وتثبت الصفة في الدعوى بتقديم الزوج طالب الطلاق نسخة من عقد الزواج وفي هذا الصدد نص القانون رقم ٢٢٤-٦٣ الصادر في ١٩٦٣/٠٦/٢٩ والخاصبتحديد سن الزواج قد نص في المادة ٠٥ منه على أنه : لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج وأن يطالب بما يترتب على الزواج من آثار مالم يقدم عقد زواج محرر و مسجل في سجلات الحالة المدنية .[٥٨]

أما في دعوى اثبات الطلاق العرفي فإنه طالما أن هذه الدعوى قد فرضت نفسها في الواقع فإنه يجب التطرق لها و عليه فالصفة تثبت لكل من الزوجين و لورثتهما في حالة الوفاة مع العلم انه في حالة كون احد الزوجين قاصرا فانه يملك الصفة الموضوعية دون الصفة الإجرائية.

و أما **بالنسبة لشرط المصلحة** فانه بالنسبة للزوج أو الزوجة أو الورثة في حالة الطلاق العرفي فانه من مصلحتهم إثبات وقوع الطلاق، و تظهر هذه المصلحة بصفة خاصة في دعاوى اثبات الطلاق العرفي و خاصة حالة إعادة الزوجة الزواج أو تزوج الزوج بأخت الزوجة أو برابعة، أما بالنسبة للورثة فان مصلحتهم تتمثل في ثبوت الميراث من عدمه.

ب- أداة رفع الدعوى إلى المحكمة : ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة وفقا للطرق المنصوص عليها بالمادة ١٢ من ق.إ.م و ذلك إما بإيداع عريضة مكتوبة و مؤرخة و موقعة من المدعي أو من محاميه لدى مكتب الضبط بالمحكمة ، وإما بحضور المدعي نفسه أمام المحكمة و في هذه الحالة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريحات المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر أنه لا يحسن التوقيع .[٥٩]

ومن تحليل هذه المادة يتضح لنا أنه هناك طريقتان لرفع الدعوى أمام المحكمة وهما :

---

[٥٦] – زوده عمر ، محاضرات في قانون الاجراءات المدنية ملقاة على الطلبة القضاة الدفعة ١٢: السنة ٢٠٠١-٢٠٠٢.

[٥٧] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص:٢٣٩.

[٥٨] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص٢٦٨.

[٥٩] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص: ٢٢٧ .

– طريقة تقديم عريضة مكتوبة حيث يقوم المدعي بتقديم عريضته مؤرخة و موقعة على نسختين إلى أمانة ضبط المحكمة ولا يطلب منه القانون أن يبين الأسباب التي دفعته
إلى الطلاق لأن الأمر يتعلق باستعمال الحق الإرادي ، و تعتبر العريضة أحد العناصر الشكلية لممارسته[٦٠] ويجب أن يشير فيها إلى اسمه و لقبه و عنوانه و مهنته ، وإلى اسم ولقب وعنوان ومهنة زوجته .

– طريقة التصريح الشفوي : و تكون بتصريح المدعي لدى أمانة ضبط المحكمة بإرادته مع تقديمه له جميع بياناته و بيانات خصمه .[٦١]

وهنا يحرر الكاتب محضرا بطلبات المدعي و أقواله ثم يقدمه له للتوقيع عليه وان كان المدعي لا يحسن التوقيع أو لا يستطيع ذلك فلا ينبغي على الكاتب أن يضع بصمته على المحضر وإنما ينوه في آخره بأن المدعي لا يحسن التوقيع .[٦٢]

و في الواقع العملي نجد أنه لا أثر للطريقة الثانية فالمعمول به فقط هو الطريقة الأولى و هي تقديم عريضة مكتوبة على نسختين تتضمن كافة الشروط و تكون مرفقة بعقد الزواج و بيان عائلي ثم يدفع المدعي أو ممثله الرسم القضائي.

المطلب الثاني: تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق .

بعد رفع الدعوى يقوم الكاتب بتسجيل القضية في السجل المخصص لذلك ويمنح لها رقما خاصا و يسلم للمدعي وصلا يحمل رقم القضية و تاريخ تسجيل الدعوى و تاريخ الجلسة الذي يجب أن يحضر فيه مرفقا بالتكليف بالحضور و الذي يعد قرينة على علم المدعى عليه بالدعوى المرفوعة ضده ، فإذا لم يحضر بذلك التاريخ قضى القاضي بشطب الدعوى طبقا للمادة ٣٥ من ق.إ.م

أما إذا غاب المدعى عليه فإن القاضي يفصل في القضية غيابيا في حقه بعد منحه أجلا للحضور .

و نظرا لخصوصية دعوى إثبات الطلاق العرفي و خاصة و أنها وليدة العمل القضائي و لم يرد نص صريح بشأنها فإن التطبيقات القضائية تذهب إلى عقد جلسة الصلح أولا و يتم فيها سماع كل من الزوجين حول واقعة الطلاق المدعى بها ثم فيما بعد يتم إجراء تحقيق بسماع الشهود لتأكيد الواقعة وهذا على خلاف دعوى إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة و التي يقوم

[٦٠] – عمر زودة ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ .

[٦١] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص: ٣٢٧ .

[٦٢] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص : ٣٢٨ .

القاضي فيها فقط بتأجيل القضية قصد إجراء الصلح ، ومتى كان الأمر كذلك وجب التطرق أولا إلى كيفية تعامل القاضي مع دعوى إثبات الطلاق ثم إلى كيفية تعامله مع دعوى الطلاق العرفي ، **فكيف يتم ذلك ؟**

الفرع الأول : تعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة .

القاعدة العامة أن الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري يقتصر فيه دور القاضي على تكريس إرادة الزوج و الكشف عنها إلا أن المشرع جعل له طابع الإنشاء رغم هذه الخاصية ، و من ثمة خصه بإجراءات متميزة ينبغي إتباعها و إلا تعرض الحكم للنقض و الإبطال و تتجلى هذه الإجراءات بصفة خاصة في ضرورة إجراء الصلح، أما فيما يخص التحكيم فإن مجاله هو حالة الخصام طويل الأمد بين الزوجين مع عدم ثبوت الضرر وهذا ما تقضي به المادة ٥٦ من ق.أ، و على هذا الأساس سوف نتعرض في هذا الفرع إلى إجراء الصلح كإجراء جوهري في جميع دعاوى الطلاق بالإضافة إلى مسألة عرض القضايا المتعلقة بالطلاق على النيابة العامة و مدى إلزامية هذا الإجراء .

أ- إجراء الصلح : تنص المادة ٤٩ من ق. أ على ما يلي : لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر .

ما يلاحظ على هذه المادة أنها أكدت على عدم إمكانية الفصل في دعاوى الطلاق إلا بعد إجراء القاضي لمحاولة الصلح بين الزوجين ، وذلك في مدة أقصاها ٣ أشهر ، وهذا الإجراء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فإذا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للنقض من المحكمة العليا و ذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه : من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق ...... و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .[٦٣]

و قد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنه من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون [٦٤]

[٦٣] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٢٥ ، ملف رقم ٥٧,٨١٢ ، م ق لسنة ١٩٩١ ع ٣ .

[٦٤]– – قرار المحكمة العليا رقم ٧٥١٤١ بتاريخ ١٩٩١/٠٦/١٨ ، م ق لسنة ١٩٩٣ ع١ ، ص٦٥.

و تجدر الإشارة إلى أنه عندما صدر قانون الإجراءات المدنية في سنة ١٩٦٦ كان قد نص في المادة ١٧ منه على وجوب القيام بمحاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية قبل الفصل في الموضوع و لا سيما إذا كانت الدعوى تهدف إلى الطلاق و انحلال عقد الزواج، كما نص على وجوب أن يحرر القاضي محضرا بما تم التصالح عليه تكون له قوة الحكم و قابليته للتنفيذ، أو يحرر محضرا بفشل محاولة الصلح و دعوة الزوجين إلى جلسة علنية للمحاكمة، و قبل ذلك كانت المادة ١٣ من المرسوم رقم ١٠٨٢/٥٩ الخاص باللائحة التنفيذية المكملة للأمر رقم ٢٧٤/٩٥ المتضمن تنظيم عقود الزواج المبرمة في ولايتي الساورة و الواحات تنص على أنه للقاضي بعد سماع مزاعم الزوجين أن يصرح للمدعي منهما بدعوة المدعى عليه إلى جلسة صلح، ويسمع كل واحد منهما على انفراد في مكتبه و بدون حضور الوكلاء والمحامين و لا حتى كاتب الضبط، وفي حالة فشل محاولة الصلح أو غياب المدعى عليه يثبت القاضي ذلك في محضره و يستدعي الزوجين رسميا لحضور الجلسة و يفصل في الموضوع .

وعندما عدلت المادة ١٧ أصبحت تنص على أنه يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت ، و بذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية بما فيها دعاوى الزواج و الطلاق ، و أصبحت أيضا اختيارية تخضع لتقدير القاضي ولكن و بعد صدور قانون الأسرة في سنة ١٩٨٤ نصت المادة ٤٩ منه على وجوب الصلح إلا أنها أغفلت النص على وجوب تحرير محضر بالصلح أو بعدم الصلح ، وأغفلت كذلك ما يجب على القاضي أن يفعله بعد فشل محاولة الصلح أو نجاحها . إلا أن المنطق الإجرائي يقتضي أن يقوم قاضي الأحوال الشخصية باستدعاء الزوجين إلى مكتبه ليسمع مزاعم كل منهما تجاه الآخر ثم يحاول الإصلاح بينهما قدر الإمكان ، وسواء فشل في ذلك أم نجح فإنه ينبغي عليه أن يحرر محضرا بما توصل إليه يلحقه بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة ، وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ليصدر فيما بعد حكمه وفقا للإجراءات العادية .[٦٥]

و في حالة تصالح الزوجين فإن النزاع بينهما ينتهي و ما يبقى أمام القاضي إلا الإشهاد بوقوع الصلح و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا إذ ذهبت إلى أنه من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان النزاع القائم أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه .....

[٦٥] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص٣٤٦.

و متى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قبلوا الإستئناف قي الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين و الذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون ، لأن الإستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا لهذا النزاع وأن المحكمة ينحصر دورها ف مراقبة صحة و سلامة هذا الصلح ....[٦٦]

و تجدر الملاحظة أن القاضي و بعد أن تصبح القضية جاهزة للحكم و قبل أن يضعها في النظر يقوم بعرض الملف على النيابة العامة وفقا لما تقضي به المادة١٤١ من ق.إ.م **فما مدى إلزامية هذا الإجراء لقاضي الدرجة الأولى؟**

ب- عرض الملف على النيابة العامة : تنص المادة ١٤١ من ق.إ.م على أنه يجب إطلاع النائب العام على القضايا الآتية:

٢- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص .....

و ترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل ١٠ أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كتابة الضبط.

و نجد أن هذه المادة قد ورد النص عليها في القسم الثالث – المتعلق بالأحكام – من الباب الأول و المتضمن الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية و لا يوجد ما يفيد ضرورة عرض ملفات قضايا الطلاق على السيد وكيل الجمهورية ذلك أن دعاوى الطلاق يعود الاختصاص بالفصل فيها كما سبق و أن أشرنا إلى المحاكم كدرجة أولى و أخيرة .

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه من المقرر قانونا أنه يجب إبلاغ النائب العام بالقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لإجراء جوهري وانتهاكا لقاعدة قانونية من قواعد النظام العام و لما كان قضاة الاستئناف وافقوا على حكم قضى بالطلاق دون إبلاغ الملف إلى النائب العام فإنهم بقضائهم هذا خرقوا أحكام المادة ١٤١من ق.إ.م .[٦٧]

[٦٦]- قرار المحكمة العليا رقم ١٠٣٦٣٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٠٤/١٩ مجلة قضائية لسنة ٢٠٠١ – عدد خاص- الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ص٩٤.

[٦٧] – قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٠٢/٠٣ ملف رقم ٣٤٧٦٢ م ق لسنة١٩٨٩ ع٤.

الفرع الثاني : تعامل قاضي الأحوال الشخصية مع دعوى إثبات الطلاق العرفي.

سبق لنا و أن ذكرنا بأن دعوى إثبات الطلاق العرفي هي دعوى وليدة القضاء و لا تستند إلى أية مرجعية قانونية و عليه فهي تتميز بإجراءات خاصة هي الأخرى وليدة العمل القضائي حيث يعقد القاضي أولا جلسة الصلح ثم يقوم بإجراء تحقيق حول الواقعة المدعى بها و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

أ- إجراء الصلح : قلنا أنه بعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق يقوم القاضي باستدعاء الطرفين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط أو أثناء حضورهما الجلسة لتاريخ معين لإجراء الصلح أين يقوم بسماع كل منهما حول واقعة الطلاق المدعى بها و التأكد من إرادتهما و السؤال المطروح في هذا الصدد هو : **ما مدى جدوى إجراء الصلح في حد ذاته ؟**

و بعبارة أخرى إذا قلنا أن القاضي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء و يبقى فقط اللجوء إلى القضاء من أجل توثيق هذه الإرادة، **فما هي الفائدة العملية من إجراء الصلح ؟** و في حالة ما إذا تراجع الزوج **كيف يكون حكم القاضي ؟**

هذه جملة من التساؤلات و غيرها كثيرة في هذا المجال نظرا لتعقد هذه المسألة و عدم استنادها إلى نص صريح .

وفي رأيي و جوابا على ذلك يمكن القول أن القاضي إذا ما تأكد من وجود طلاق عرفي و مع إصرار الزوجين عليه لا يبقى أمامه إلا الحكم به في حين أنه إذا تصالحا فإن الصلح ينهي كل نزاع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الصلح في حكم سحب الطلب القضائي و لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه ، وعليه لا يبقى أمامه إلا الإشهاد بوقوع الصلح و تبقى مسألة وقوع الطلاق من عدمه بين الزوجين الذين من المفروض أن يكونا أحرص على دينهما من القاضي .

هذا من الناحية القانونية البحتة إلا أنه من الناحية الشرعية فإن المسألة محل نظر ذلك أنه يتم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي الواقع في زمن ماض وعليه فمن غير المنطقي أن يصرح القاضي بالصلح في مسألة مع علمه علم اليقين أن الزوجة قد بانت من زوجها و أصبحت أجنبية عنه وبالتالي وحسب رأيي فإنه لا مبرر لإجراء جلسة الصلح في دعاوى إثبات الطلاق العرفي .

ب- التحقيق في واقعة الطلاق العرفي : لم ينص قانون الأسرة على هذا الإجراء في دعوى الطلاق لكونه لا يعترف بوقوع الطلاق أصلا خارج ساحة القضاء إلا أنه و مع ذلك فإن

المحاكم تعمل به و هذا ما لاحظناه في كل من محكمة البويرة و الجلفة ، و سوف نتطرق إلى دراسة هذا الإجراء بنوع من الاختصار فيما يلي :

١٠- اللجوء إلى التحقيق : الملاحظ في محكمة الجلفة أن اللجوء إليه يكون تلقائيا دون الحاجة إلى طلبه من الأطراف و يكون ذلك وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية و تحديدا المادة ٤٣ و ما بعدها إما بموجب أمر كتابي أو شفوي .

فأما الأمر الكتابي فهو عبارة عن حكم تحضيري بإجراء التحقيق و في هذه الحالة يجب أن يبين فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها و يوم و ساعة الجلسة المحددة لإجرائه .

و بصدور هذا الحكم يتعين على من له مصلحة استخراج نسخة منه و تبليغها للخصوم الآخرين مع إحضار شهوده بالتاريخ الذي يحدده القاضي .

و أما الأمر الشفوي و هو المعمول به عادة فإن القاضي يحدد تاريخ جلسة إجراء التحقيق و يبلغ الأطراف به بالجلسة و يتعين عليهم إحضار شهودهم بذلك التاريخ .

ب- إجراءالتحقيق : يقوم القاضي بالتحقيق بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق و ذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية ، و يتم سماع الشهود وفقا للقواعد العامة و ذلك بأن تسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد بعد تذكيره باسمه و لقبه و مهنته و سنه و موطنه و يؤدي اليمين بأن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال و دون تحليفهم اليمين ،كما يجوز إعادة سماع الشهود و مواجهتهم بعضهم ببعض ، و يجوز سماع شهادة جميع أقارب الزوجين في دعاوى الطلاق ما عدا الأبناء . و يدلي الشاهد بشهادته دون أن تتم مقاطعته من أحد ثم تتلى عليه أقواله و يقوم بالتوقيع عليها أو ينوه على أنه لا يحسن التوقيع أو أنه امتنع عن ذلك[٦٨] .

و يقوم أمين الضبط بتدوين أقوال الشهود في محضره فيما يخص الدعاوى التي لا يجوز استئنافها ، أما الدعاوى الجائز استئنافها فيحرر محضرا خاصا بأقوال الشهود ثم يرفقه بعد التوقيع عليه من القاضي بالنسخة الأصلية للحكم ، و يجب أن يتضمن بيان يوم و ساعة التحقيق و حضور الخصوم و غيابهم واسم كل شاهد و لقبه و مهنته و موطنه و بيان أداء اليمين و يثبت فيه أقوال الشهود و يشار إلى تلاوتها عليهم . و هنا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه فور إجراء التحقيق كما له أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة و في هذه الحالة الأخيرة يصرح للأطراف بالإطلاع على التحقيق قبل المناداة على القضية من جديد في الجلسة المحددة .[٦٩]

٦٨- أنظر المواد٦٤، ٦٥،٦٦، ٧٢ من قانون الإجراءات المدنية.

٦٩ - أنظر المواد ٧٤،٧٥ من قانون الإجراءات المدنية.

و تختلف طريقة إجراء التحقيق باختلاف موقف الزوجين من الطلاق و هنا ينبغي علينا أن نفرق بين ثلاث حالات:

-حالة اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق : هذه المسألة لا تطرح إشكالا لكونها لا تنطوي أصلا على نزاع ، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود فقط لتأكيد الواقعة و تحديدا لتأكيد التاريخ و المكان الذي وقعت به.

-حالة إنكار أحد الزوجين : في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي وإنكاره من طرف الزوج فإن القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أن المسألة تتضمن اعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ألا و هو حقه في طلاق زوجته و لكون أن القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة و أن العصمة بيد الزوج ، و قد اتجهت التطبيقات القضائية بمحكمة الجلفة إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج و هو الأمر الذي يتجسد من خلال الحكم رقم ٢٠٠١/٧٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/١٠ و الذي قضى في الشكل بقبول المعارضة و في الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه و القضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما لدى مصالح الحالة المدنية لدار الشيوخ.

و قد ذهب الاجتهاد المصري إلى اعتبار أنه إذا صدقت الزوجة زوجها المقر في إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق اعتبر في حقها لا في حق الله فتعامل بهذا الإسناد بالنسبة لنفقتها ولا يعمل به فيما هو من حقوق الله كتزوجه بأختها أو أربع سواها لتهمة المواضعة .

كما ورد في اجتهاد آخر ما يلي : المنصوص عليه أن المقر إذا أسند الطلاق إلى تاريخ سابق فإما أن تقوم على هذا الإسناد بينة أم لا ، فإذا قامت بينة فإن الطلاق من وقت أن قامت عليه البينة قولا واحدا و إن لم تقم فالمتقدمون على اعتباره من وقت أسنده له و المتأخرون على اعتباره من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته أو قالت لا أدري ، إلا أنها في حالة التصديق لا نفقة لها و لا سكن لقبول قولها في حق نفسها لا في حق الله على المفتى به [٧٠].

- التحقيق في حالة وفاة أحد الزوجين : هنا تكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى أو من ورثة الزوج المتوفى ضد الزوج الباقي على قيد الحياة .

[٧٠] - أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص : ٩٩٢ .

و نظرا لخطورة هذه المسألة لتعلقها غالبا بأمور الميراث أين يكون القصد منها استبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه فإنه يتعين على القاضي التدقيق قدر الإمكان قبل الحكم بالإشهاد على وقوع الطلاق العرفي.

المبحث الثاني : طرق الطعن في الحكم بالطلاق و تنفيذه .

تنص المادة ٥٧ من ق. أ على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، و نعلم أن الحكم بالطلاق وان كان يصدر في شكل الحكم القضائي إلا أنه ذو طبيعة ولائية و من ثمة فالمفروض أن يخضع لنظام خاص به و مفاده أن يكون الطعن فيه بموجب تظلم أمام القاضي مصدر الأمر ، ولعل نص المادة ٥٧ من ق.أ قد سار في هذا الاتجاه عندما نص على عدم خضوع الحكم بالطلاق للاستئناف وفي ذلك تماشيا مع القواعد الشرعية إذ لا يعقل أن يستعمل الزوج حقه في الطلاق استنادا إلى كون العصمة في يده ثم يعطى الحق للزوجة في استئنافه، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن المادة ٥٧ نصت على عدم القابلية للاستئناف و لم تنص على عدم القابلية للطعن بالنقض و هنا يطرح السؤال فيما **إذا كانت أحكام الطلاق تقبل الطعن بالنقض أم لا ؟**

وعلى صعيد آخر و بالعودة إلى الواقع العملي و تحديدا محكمة الجلفة نجدها كما سبق البيان تذهب **إلى إثبات الطلاق العرفي** بأثر رجعي **فهل تطبق عليه نفس الأحكام المطبقة على الحكم بالطلاق أم أنه يقبل الطعن فيه كباقي الأحكام ؟**

إجابة على هذه التساؤلات سوف نتطرق لدراسة طرق الطعن العادية وغير العادية و مطابقتها على حكم إثبات الطلاق في مطلب أول لندرس تنفيذ الحكم بالطلاق في مطلب ثان.

المطلب الأول : طرق الطعن في حكم الطلاق .

بصفة عامة تنقسم طرق الطعن إلى طرق طعن عادية و أخرى غير عادية والأصل أنه بالعودة إلى المادة ٥٧ فإنه يستشف منها أن الطلاق لا يقبل إلا الطعن بالنقض إلا أننا و مع ذلك سوف نحاول تسليط الضوء على هذه الطرق و مطابقتها بأرض الواقع لنخلص في النهاية إلى النتيجة القانونية و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي :

الفرع الأول : طرق الطعن العادية .

يقصد بطرق الطعن العادية تلك الطعون التي ترفع إلى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو إلى ذات المحكمة و سميت طعونا عادية لأنه يجوز بناؤها على أي سبب من الأسباب سواء تعلقت بصحة الحكم من الناحية الشكلية أو بعدم عدالته من ناحية مضمونه أو موضوعه بالإضافة إلى ذلك فإن سلطات القاضي في الفصل فيه تكون مماثلة لسلطات القاضي الأول [٧١] و تتمثل هذه الطرق في المعارضة و الاستئناف وكل طريق منها يمثل مبدأ من مبادئ التقاضي فالمعارضة تمثل مبدأ الوجاهية و الاستئناف يمثل مبدأ التقاضي على درجتين ، وسوف نحاول التطرق لهما بشيء من الإيجاز في النقاط التالية:

أ-الاستئناف: الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الأحكام الصادرة ابتدائيا عن محاكم الدرجة الأولى و يرمي أساسا إلى إعادة الفصل في ذات القضية مرة ثانية[٧٢] و باعتباره طريقا عاديا فإن المشرع لم يحدد أسبابا محددة لبناء الطعن على أساسها.[٧٣]

وبالرجوع إلى نص المادة ٤٩ من ق. أ نجدها تنص على أن الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما هو وارد بنص المادتين ٥٣ و ٥٤ من هذا القانون . وتنص المادة ٥٧ منه على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، ومن هنا وجب التفرقة بين الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين و الأحكام الصادرة بالتطليق و التي لم تتضمنها المادة ٥٧ من ق . أ و من ثمة تبقى خاضعة لإجراءات الطعن العادية إلا أنه كان ينبغي على المشرع أن يحسم الخلاف بالنص صراحة على ذلك ، وإذا قلنا بأن أحكام الطلاق وفقا للمادة ٥٧ من ق. أ غير قابلة للاستئناف **فهل تنطبق هذه القاعدة على الأحكام الصادرة برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس ؟**

مبدئيا نجد أن القضاء في هذا المجال انقسم إلى اتجاهين :

- ثمة هناك اتجاه يذهب إلى اعتبار الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس حكم ابتدائي قابل للاستئناف لكونه لم يصدر بالطلاق و حجتهم في ذلك أن المشرع عندما نص على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فإن ذلك مرده طبيعة الحكم في حد ذاته و الأساس

---

[٧١] – نبيل إسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص: ١٢٠٥.

[٧٢] – نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص: ١٢٠٩.

[٧٣] –– نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص:١٢١٠.

الشرعي الذي يستند عليه و هو العصمة الزوجية، في حين أن الحكم برفض دعوى الطلاق لعدم التأسيس هو حكم عادي يخضع لمبدأ التقاضي على درجتين، ذلك أن جهة الاستئناف هي جهة مراقبة لشرعية أعمال قاضي الدرجة الأولى و من ثمة وجب إعطاء فرصة للخصم لتدارك هذا الخطأ خاصة و أن الطلاق هو حق إرادي والمفروض ألا يثار مثل هذا الإشكال بخصوصه لأن الحكم به يكون مجرد تقديم الزوج لطلبه وفقا للشكل المنصوص عليه قانونا. و قد سارت المحكمة العليا في هذا الإتجاه إذ جاء في قرارها أنه من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق .

ومن ثمة فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى و حكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين و اعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون .[٧٤]

ولكن هذا القول يتناقض مع قواعد الاختصاص النوعي إذ أصبحت المحاكم منذ صدور قانون الأسرة هي المختصة نوعيا بدعاوى الطلاق دون غيرها و أصبح التقاضي بالنسبة لها يتم على درجة واحدة .[٧٥]

-أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أنه في دعاوى الطلاق يجب أن يكون التقاضي على درجة واحدة حيث يصدر الحكم بالدرجة النهائية غير قابل للاستئناف و لكنه يقبل الطعن بالنقض طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة ٢٣٢ ق.إ.م . وعليه إذا وقع الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى الطلاق سواء انتهت هذه الدعوى إلى نتيجة إيجابية أو سلبية فإنه يجب أن ينتهي هذا الاستئناف إلى عدم القبول.[٧٦]

و إذا فصل المجلس خلاف ذلك كأن يفصل بتأييد الحكم الصادر بالطلاق أو برفض دعوى الطلاق أو يفصل بالطلاق ووقع الطعن بالنقض في هذا القرار فيجب على المحكمة العليا أن تفصل ببطلان القرار المطعون فيه دون أن تحيل القضية من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرته استنادا إلى أن المجلس ليست له ولاية الفصل في دعاوى الطلاق و لا تقبل

---

[٧٤]- قرار المحكمة العليا رقم ٢١٦٨٥٠الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٢/١٦مجلة قضائية لسنة ٢٠٠١ – عدد خاص- الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية ص١٠٠.

[٧٥] – عبد الفتاح تقية ،مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة تالة ١٩٩٩/٢٠٠٠ ص : ٢٤١ .

[٧٦] – زودة عمر ، المرجع السابق ، ص : ١٣٤ .

سوى الطعون المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية و الفاصلة في دعاوى الطلاق [٧٧].

و يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن المحكمة العليا لم تميز بين الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في دعاوى الطلاق و القرارات الصادرة عن المجالس القضائية و من ثمة فهي لم تلتزم بأحكام المادة ٥٧ من ق. أ حيث نجدها تصرح بقبول الطعون بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في دعاوى الطلاق و يتجسد ذلك من خلال قرارها رقم ١٨٢٤٨٣ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٢/١٧ غير المنشور . [٧٨]

و عليه فقد انتهينا إلى أن الحكم بالطلاق يصدر ابتدائيا نهائيا لا يقبل إلا الطعن بالنقض إلا أن الإشكال الذي يبقى مطروحا يتجسد في الحكم بإثبات الطلاق العرفي **هل يتم الحكم به ابتدائيا أم ابتدائيا نهائيا؟**

لم تستقر التطبيقات القضائية على مستوى محكمة الجلفة على وصف معين للحكم بإثبات الطلاق العرفي إذ نجدها تصدر أحيانا نهائية و أحيانا أخرى ابتدائية مما يعطي الفرصة للخصم لإمكانية الاستئناف، فقد جاء في منطوق الحكم رقم ٠٣/٤٨٩ الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٢٥ وصف الحكم بالإشهاد على الطلاق العرفي بأنه ابتدائي في حين نجد أن هناك أحكام أخرى صدرت نهائية و مثالها الحكم رقم ٢٠٠٢/١٦١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٠٣/٠٩.

وعلى صعيد آخر فإن مجلس قضاء الجلفة قضى في قراره رقم ٩٩/٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٧/٠٣ برفض الاستئناف شكلا طبقا للمادة ٥٧ من قانون الأسرة. [٧٩]

و في رأيي أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يختلف عن الحكم بالطلاق ذلك أن القاضي في الحكم بالطلاق له دور سلبي فمتى رفع أمامه طلب الطلاق من الزوج وجب عليه أن يقضي به دون أن يكون له البحث في أسبابه ، في حين أن الحكم بإثبات الطلاق العرفي يكون دور القاضي فيه إيجابيا إذ يبحث و يحقق في الواقعة ثم له أن يحكم بالطلاق في حالة اقتناعه كما له ألا يحكم به في حالة عدم ثبوت الواقعة المدعى بها و عليه فالمفروض أن

---

[٧٧] – زودة عمر ، المرجع السابق : ص ١٣٥ .

[٧٨] – زودة عمر ، المرجع السابق ، ص : ١٣٤.

[٧٩] – تتلخص وقائع القضية في قيام ورثة زوج المدعى عليها برفع دعوى إثبات الطلاق العرفي و قد استجابت المحكمة لطلباتهم مما جعل المدعى عليها ترفع استئنافا في الحكم و قد جاء في حيثيات القرار ما يلي:

حيث أن الحكم المستأنف صدر بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٧ و أن قانون الأسرة الصادر سنة ١٩٨٤ قد جعل مثل هذه الأحكام نهائية لا يجوز استئنافها بالنسبة لما قضت به بشأن الطلاق ، وأن الثابت أن الحكم المستأنف صدر بعد صدور قانون الأسرة مما يتعين التصريح برفض الاستئناف شكلا .

تطبق عليه القواعد العامة ليكون بالتالي خاضعا للاستئناف خاصة و أنه لا يؤسس على العصمة الزوجية و بالتالي تنتفي الحكمة من جعله يصدر نهائيا.

و بخصوص تطبيق المادة ٥٧ من ق.أ فقد جاء في قرار المحكمةالعليا مايلي : متى كان مقررا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية فإن قضاة المجلس في قضية الحال بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات .[٨٠]

ب- المعارضة : تنص المادة ٩٨ من ق . إ . م على أنه يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة ١٠ أيام من تاريخ التبليغ الحاصل وفقا للمواد ٢٢،٢٣،٢٤و ٢٦ .

و بذلك فقد وضعت قاعدة عامة تسري على جميع الأحكام الابتدائية و الأحكام الصادرة نهائيا و التي يعبر عنها الفقهاء بالأحكام الإنتهائية ذلك أن صدور الحكم ابتدائيا انتهائيا لا يمنع من المعارضة فيه .

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتضمن النص على المعارضة في الحكم القاضي بالطلاق **فهل يفهم من ذلك تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد أي العودة إلى الأصل العام و الذي مفاده أن الأصل في الأشياء الإباحة مالم يوجد نص مقيد ؟**

بدراسة طبيعة الحكم بالطلاق نجده يقوم على أساس العصمة الزوجية و هو حق إيرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة بل أكثر من ذلك فإن دور القاضي فيه يكون سلبيا و عليه و على فرض صدوره في غياب الزوجة **ما لحكمة من المعارضة في هذه الحالة ؟ هل يمكن تصور إعادة الحال إلى ما كان عليه ؟** حتى وان حدث ذلك فإن الدعوى سوف تنتهي إلى نفس النتيجة مع إصرار الزوج على الطلاق و على هذا الأساس يمكن القول بأن الحكم بالطلاق لا يقبل المعارضة إلا في جوانبه المادية .

و يذهب الأستاذ زودة عمر إلى أنه إذا تم إعلان الزوجة بتاريخ النطق بحكم الطلاق فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة و بالتالي تسري آثار الطلاق من تاريخ النطق به في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فهي تعد غير عالمة به و لا يسري أثر الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها و هنا يحق للزوجة أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة للأعمال الولائية ، فترفع تظلما أمام القاضي المعلن عن الطلاق و يمكن أن تستند في ذلك إلى عدم إعلامها بجلسة المصالحة

[٨٠] – قرار المحكمة العليا رقم ٧٩٨٥٨ الصادر بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٦ م ق لسنة ١٩٩٣ ع٣ ص ٨٦ .

و ينظر القاضي في هذا التظلم و يفصل فيه بقبوله و الغاء العمل الصادر عنه إذا برهنت عن عدم إعلامها بالحضور إلى هذه الجلسة .'[٨١]

و نجد أن العمل القضائي في محكمة الجلفة مستقر على جواز المعارضة في أحكام الطلاق الغيابية و يتجسد ذلك بصفة خاصة من خلال عدة قرارات أهمها القرار رقم ٩٩/٢٧ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٠٢/١٣ و الذي تضمن التماس إعادة النظر في القرار الصادر في الاستئناف المرفوع في الحكم في المعارضة في حكم الطلاق وهذا الأخير الذي قضى بقبول المعارضة شكلا و في الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه.

وعليه و إذا كان الأمر كذلك فيما يخص أحكام الطلاق **فكيف هو الحال في الحكم بإثبات الطلاق العرفي ؟**

استقر العمل القضائي في محكمة الجلفة على أن أحكام إثبات الطلاق العرفي قابلة للمعارضة و يتجسد ذلك من خلال الأحكام الصادرة في هذا الصدد وأهمها الحكم رقم ٢٠٠١/٧٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٠٢/١٠ و الذي قضى بقبول المعارضة شكلا و تأييد الحكم المعارض فيه [٨٢]، هذا الأخير الذي قضى غيابيا نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين .

و ختاما يمكن القول أنه لا يمكن تصور المعارضة في الحكم بإثبات الطلاق إلا أن ذلك ممكن في الحكم بإثبات الطلاق العرفي لأن دور القاضي فيه إيجابيا كما سبق البيان و أن المعارضة وفقا للمادة ١٠٠من ق.إ.م توقف تنفيذ الحكم مالم يقضي الحكم الغيابي بخلاف ذلك.

الفرع الثاني : طرق الطعن غير العادية .

أ- اعتراض الغير الخارج عن الخصومة : تنص المادة ١٩١ من ق.إ. م على أنه لكل ذي مصلحة أن يطعن في حكم لم يكن طرفا فيه بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: **هل يجوز اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر بإثبات الطلاق ؟**

الإجابة على مثل هذا السؤال تقتضي منا التطرق بالتحليل لكل من الحكم بإثبات الطلاق و كذا الحكم بإثبات الطلاق العرفي .

[٨١] – زودة عمر ، المرجع السابق ، ص : ١٣٣.

[٨٢] – تجدر الملاحظة أن عبارة تأييد الحكم المعارض فيه لا تستند إلى أي أساس قانوني ذلك أن مجرد قبول المعارضة شكلا يجعل الحكم المعارض فيه كأن لم يكن .

فأما الحكم بإثبات الطلاق فإنه وكما سبق البيان يقوم على أساس العصمة الزوجية و من ثمة يكون دور القاضي فيه سلبيا هذا من جهة و من جهة أخرى فإن آثاره لا تشمل إلا الزوجين دون أن تمتد لغيرهما و عليه فلا يمكن في رأيي أن يكون محلا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة .

في حين يمكن تصور اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في **الحكم القاضي بإثبات الطلاق** العرفي نظرا لطبيعته الخاصة ذلك أن القاضي له دور إيجابي على أساس أن وظيفته لا تقتصر على مجرد تقرير حق الزوج في الطلاق و إنما تتعداه إلى التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه غالبا ما يتم إثبات وقوع الطلاق بعد وفاة أحد الزوجين ومن ثمة يكون في ذلك مساس بحقوق الورثة مما يعطي لهم الحق في الاعتراض على حكم إثبات الطلاق العرفي رغم أنهم لم يكونوا أطرافا فيه .

ب- إلتماس إعادة النظر : تنص المادة ١٩٤ من ق.إ.م على ما يلي : إن الأحكام الصادرة عن المحاكم أو المجالس و التي لا تكون قابلة للطعن فيها بطريق المعارضة أو الاستئناف يجوز التماس إعادة النظر فيها من جانب من كان طرفا فيها أو ممن أبلغ قانونا بالحضور و ذلك في الأحوال الآتية :

- إذا لم تراعى الأشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور هذه الأحكام بشرط ألا يكون بطلان هذه الإجراءات قد صححه الأطراف .
- إذا حكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب أو سهى عن الفصل في أحد الطلبات .
- إذا وقع غش شخصي .
- إذا قضي بناءا على وثائق اعترف أو صرح بعد صدور الحكم أنها مزورة .
- إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم .
- إذا وجدت في الحكم نصوص متناقضة .
- إذا وجد تناقض في أحكام نهائية صادرة بين نفس الأطراف و بناءا على نفس الأسانيد من نفس الجهات القضائية .
- إذا لم يدافع عن عديمي الأهلية .

كما تنص المادة ٢/١٩٩ على أنه ليس للالتماس أثر موقف .

و تجدر الإشارة إلى أن ميعاد تقديم الالتماس هو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه مع مراعاة أحكام تمديد المواعيد المنصوص عليها في المادتين ١٠٤و١٠٥ من ق.إ.م .

فما مدى إمكانية الطعن في الحكم المثبت للطلاق بطريق التماس إعادة النظر ؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا تفصيل إمكانية توافر حالات أو أوجه التماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق ، وبمطابقتها عليه نجد أنه لا يمكن تصور ذلك في الحكم بالطلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوج لأنه مجرد تقرير لإرادة الزوج ، أما الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي فإن الأمر فيه يختلف إذ يمكن أن يكون محلا لالتماس إعادة النظر لأن القاضي يحقق في واقعة الطلاق و يعتمد على شهادة الشهود و مستندات الخصوم .

ج- الطعن بالنقض : الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام القضائية و يطعن بهذا الطريق في الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو المجالس على حد السواء ، فهو طعن يباشر أمام المحكمة العليا و لا يمكن تأسيسه إلا على الأوجه التي قررها القانون .[٨٣]

أما أجل تقديم الطعن بالنقض فهو شهران من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه و هو يرفع على شكل عريضة مكتوبة و موقع عليها من محامي مقبول لدى المحكمة العليا وهذا ما ورد في المادتين ٢٣٥و ٢٤٠ على التوالي من ق.إ.م .

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه لم يرد ضمن قانون الإجراءات المدنية ما يفيد أن الحكم بالطلاق غير قابل للطعن بالنقض حيث تنص المادة ٢٣١ على أنه فيما استثني بنص خاص و مع عدم المساس بالباب الرابع من هذا الكتاب تختص المحكمة العليا بالحكم في :
الطعون بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية و عن المحاكم بجميع أنواعها .

و نجد أن المادة ٠٢ من ق.إ.م تنص على أن المحاكم تختص بالفصل ابتدائيا و نهائيا في مجموعة من الدعاوى و ليس من بينها دعوى الطلاق و أن المادة ٠٣ من نفس القانون تنص على أن المحاكم تقضي في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف ....[٨٤]

إلا أنه بالعودة إلى قانون الأسرة و الذي هو نص خاص نجده يتضمن قواعد موضوعية وردت ضمنها قاعدة إجرائية تتعلق بالحكم بالطلاق و الذي يكون غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية و عليه فإنه بنص المادة ٥٧ من قانون الأسرة على عدم قابلية الحكم بالطلاق للاستئناف فان المقصود به أن يصدر عن الدرجة الأولى نهائيا وبالتالي يكون غير قابل للاستئناف إلا أن هذه المادة لم تشر إلى الطعن بالنقض
ونجد أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي في هذه المسألة حيث ورد في قرار صادر عنها أنه

---

[٨٣] – المادة ٢٣٣ من قانون الإجراءات المدنية .

[٨٤] – عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص : ٣١٨ .

من العبث أن يستأنف الطلاق أمام المجلس مادام الزوج قد طلبه و هو مصر عليه غير أنه يمكن المطالبة بتوابع فك العصمة أمام الجهة الاستئنافية و هذا القول كما ينطبق على لاستئناف فهو ينطبق لا محالة على الطعن بالنقض.[٨٥]
وعلى صعيد آخر نجد أن المحكمة العليا قبلت الطعن بالنقض في قضايا الطلاق وما أكثرها .

و عليه فمن المنطقي **حسب هذا التحليل** القول بأن أحكام الطلاق تخضع لطريق الطعن بالنقض ذلك أنه مادامت هناك إجراءات مقررة قانونا ينبغي احترامها فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا عليها و هي محكمة قانون لا علاقة لها بالواقع .

و يرى الأستاذ زودة عمر أن الأحكام بالطلاق ليست أحكاما قضائية قابلة للطعن فيها بطرق الطعن المقررة قانونا للأحكام القضائية بل هي قرارات ولائية تصدر في شكل العمل القضائي و من ثمة تخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية .[٨٦]

و رأينا في هذا المجال أن الطلاق هو أحد حقوق الزوج و أنه في حالة غموض النص فإن المادة ٢٢٢من ق.أ قد أحالت على قواعد الشريعة الإسلامية ، و لم يثبت في تاريخ الأمة الإسلامية و أن قام قاض بإلغاء طلاق أوقعه الزوج فالطلاق يقع بمجرد إيقاعه دون الحاجة إلى موافقة القاضي عليه و تبقى فقط مادياته خاضعة لرقابة القضاء و خاصة فيما يخص الطابع التعسفي له و التعويض عنه .

المطلب الثاني : تنفيذ حكم الطلاق .

إن حكم الطلاق شأنه شأن جميع الأحكام يجب أن يكون قابلا للتنفيذ و يكون تنفيذه بتسجيله بسجلات الحالة المدنية للبلدية و على هذا الأساس سوف نتناول في الفرع الأول الحكم القابل للتنفيذ في حين نتناول في الفرع الثاني كيفية التنفيذ .

الفرع الأول : الحكم القابل للتنفيذ .

انتهينا فيما سبق إلى أن الحكم بالطلاق هو حكم منشئ لأنه لاوجود للطلاق إلا بعد صدور الحكم إلا أن الأمر ليس كذلك فيما يخص الحكم المثبت لواقعة الطلاق العرفي ذلك أن

[٨٥] –قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٠٤/٢٧ ملف رقم٨٩٦٣٤٥ م ق لسنة ١٩٩٤ ع١ .
[٨٦] – زودة عمر ، المرجع السابق ، ص: ١٣٦

له طبيعة التقرير لكون القاضي يقرر وجود الواقعة من عدمها و بالتالي فهو حكم كاشف و مع ذلك فقد انتهينا و حسب رأيي إلى أنه يقبل الطعن فيه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية على خلاف حكم الطلاق ومن ثمة فإن القابلية للتنفيذ تختلف في كل منهما عن الآخر مما يقتضي بنا دراسة كل منهما على حدى :

٠١/الحكم بالطلاق : المفروض أنه بمجرد صدوره يتم اشباع الحاجة من الحماية القضائية و بالتالي فإنه يكون نافذا بذاته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر .[٨٧]

و على هذا الأساس المفروض أن يتم التأشير به على هامش وثائق الحالة المدنية مباشرة ، إلا أنه و كما سبق الذكر فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض فيه ، وطالما كان الأمر كذلك فإن تكريس الطلاق من عدمه متوقف على فوات آجال الطعن بالنقض أو صدور قرار المحكمة العليا في حالة الطعن بالنقض و عليه فإن المعمول به في محكمة الجلفة و على غرار محاكم الوطن أن الحكم بإثبات الطلاق لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد مرور أجل الطعن بالنقض مع عدم تقديمه.

٠٢/الحكم بإثبات الطلاق العرفي : سبق وأن ذكرنا بأن المحكمة الواحدة منقسمة على نفسها فيما يخص وصفه فتارة يوصف بالنهائية و تارة أخرى يوصف بالإبتدائية و طالما أن الأمر كذلك فإنه حسب رأيي انتهينا إلى أنه من المفروض أن يصدر ابتدائيا وفقا للقواعد العامة وعلى هذا الأساس و إذا قلنا بذلك فإننا نكون أمام حكم قابل لجميع طرق الطعن و بالتالي و حتى يصبح قابلا للتنفيذ فإنه يتعين أن يستنفذ طرق الطعن العادية و غير العادية و عليه يكون قابلا للتنفيذ بعد مضي آجال الطعن بالنقض .

الفرع الثاني : كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق .

لقد جرى العمل في محكمة الجلفة على أن تنفيذ الأحكام بالطلاق سواء كان عرفيا أم طلاقا بالإرادة المنفردة للزوج يكون بسعي من صاحب المصلحة ، و على هذا الأساس ينبغي على المعني أن يقوم باستخراج نسخة من الحكم القاضي بالطلاق ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم الآخر و بعد فوات آجال الطعن يتقدم إلى أمانة الضبط مرفقا بالوثائق التالية نسخة من عقد الزواج ، حكم الطلاق ، محضر التبليغ ، شهادة عدم الطعن بالنقض . و هنا يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبارا بالطلاق و الذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط على النحو الآتي :

الفصل الثاني: إجراءات إثبات الطلاق.

[٨٧] – زودة عمر ، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة ١٢ السنة الدراسية ٢٠٠٠-٢٠٠١.

وزارة العدل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محكمة **إخبار بطلاق**

مجلس القضاء رئيس كتاب لضبط لدى محكمة ....

إلى السيد رئيس لمجلس الشعبي البلدي ب.....................

بمقتضى حكم من المحكمة صدر في ....

وصارنهائيا في..................... قضي بفك الرابطةالزوجية

بين المسمى ....

المولود في....................... بـ...........................

أبوه..........................وأمه ....

وبين المسماة..

أبوها .... و أمها...

السابق تزويجهما برسم حرره الموثق – رئيس المجلس الشعبي

البلدي .... في .... تحت رقم........

و مسجل في ....

الرجاء السهر على التأشير بالطلاق المذكور على هامش عقد الزواج المشار إليه و عقدي ميلاد الزوجين و إخبار السيد النائب العام لدى مجلس القضاء ب.................به للسعي وراء تقييد التأشيرة المذكورة على هامش السجلات المودعة كتابة الضبط لدى المجلس.

و يجب تقييد هذا الحكم بسجلات الحالة المدنية في ظرف خمسة أيام إبتداءا من التوصل بالرسالة الموصى عليها ورد الإخبار إلى كتابة الضبط لدى المحكمة في ظرف عشرة أيام.

رئيس كتاب الضبط

يشهد رئيس المجلس الشعبي البلدي ب............................

أنه قام بالتسجيل على هامش سجلات الحالة المدنية للطلاق الذي

أ أفصح به بين الزوجين ....و......................

ب....................................في........................

رئيس المجلس الشعبي البلدي

و بعد أن يقوم أمين الضبط بتحرير الإخبار بالطلاق بالصيغة المذكورة أعلاه يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق على السجل المخصص للزواج و على عقدي زواجهما و بسجلات الميلاد إذا كان المطلقين قد ولدا بدائرة اختصاصها و إلا فإنها ترسل إشعارات إلى البلديات المختصة التي ولدا بدائرتها .

و في الأخير يعيد ضابط الحالة المدنية الإشعار أو الإشهاد بالتسجبل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي .

وأما عن كيفيات التسجيل فإن المادة ٢/٥٨ من الأمر٠٧-٢٠ المؤرخ في ١٩٧٠/٠٢/١٩ المتعلق بالحالة المدنية تنص على أنه في كل الحالات التي تقتضي تسجيل قضائي يجب على ضابط الحالة المدنية وضع مباشرة ملاحظة في شكل إشارة موجزة في هامش العقد المسجل أو في التاريخ الذي كان يجب تسجيله فيه .

ومن جهة أخرى تنص المادة ٦٠ من الأمر المذكور أعلاه على أن : ضابط الحالة المدنية المحرر و المسجل للعقد لذي يستدعي ملاحظة يضع هذه الأخيرة ثلاثة أيام في السجلات التي بحوزته و إذا كانت النسخة من السجل حيث يجب تسجيل ملاحظة لدى كتابة الضبط يوجه إشعار إلى النائب العام .

ويستنتج من هذه المواد أن الملاحظات الهامشية يجب أن توضع إلزاميا في بعض العقود التي تقتضي ملاحظة (شهادات الميلاد، عقد الزواج) و كذا في السجلات من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يحرر أو يسجل العقد ، وفي حالة ما إذا كانت النسخة عن السجل بكتابة الضبط عليه أن يرسل إشعارا إلى وكيل الجمهورية بدائرته .

و إذا كان العقد الذي يجب أن تسجل فيه هذه الملاحظة في هامشه محررا أو مجلا في بلدية أخرى فإنه يجب إرسال هذا الإشعار إلى ضابط الحالة المدنية الموجود بتلك البلدية و الذي يعلم مباشرة وكيل الجمهورية بدائرته إذا كانت النسخة عن السجل لدى كتابة الضبط .

و إذا كان العقد الذي يستدعي ملاحظة محررا أو مسجلا في الخارج فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد إرسال إشعار إلى وزارة الشؤون الخارجية .[٨٨]

[٨٨] – التشريع الجزائري ، عمار بقيوة ، تعليمة وزارية بتاريخ ١٩٨٤/٠٢/٠٦ بشأن كيفية إعداد وثائق الحالة المدنية و تسجيل الملاحظات في الهامش ، ص٨٩.

خاتمة :

انتهينا إلى أن اتجاه المشرع في مسألة الطلاق هو عدم اعترافه بالطلاق الواقع خارج القضاء إلا أن غموض عبارته يوحي باعترافه به و لكن لا يرتب آثاره إلاا إذا صدر في شكل حكم قضائي ، و أن هذا الحكم جميع عناصره تؤكد بأنه عمل ولائي إلا أن المشرع الجزائري اشترط صدوره وفقا للعمل القضائي ذلك أن القاضي يزيل عقبة قانونية تعترض إرادة الزوج إذ لا يوجد نزاع أصلا في مسألة الطلاق فمتى قرر الزوج طلاق زوجته ما على القاضي إلا أن يحكم به و هذا ما أكدته المحكمة العليا إلا أن الإشكال الذي أثرناه و الذي ناقشناه بجميع آثاره هو مسألة إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي و الذي لا يجد مرجعا قانونيا له و مع ذلك فهو مكرس في أغلب محاكم الوطن بل و تم استحداث اجراءات خاصة به و هنا يظهر دور العرف كمصدر للقانون وعليه فنحن نناشد المشرع الجزائري أن يتدخل و يقوم بتعديل قانون الأسرة و ذلك بتقنين هذه القواعد العرفية إن صح التعبير و نحن نقترح في هذا المجال أن ينصب التعديل على الأخص على الأحكام التالية :

- فيما يخص نص المشرع في المادة ٤٨ من ق .أ على أن الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد بالمادتين ٥٣و ٥٤ من هذا القانون ، نقترح في هذا المجال أن يقوم المشرع بالتفرقة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و يطلق عليه مصطلح الطلاق وغيره من صور حل الرابطة الزوجية .
- فيما يخص تحديد أجل الصلح بثلاثة أشهر نقترح في هذا المجال تقرير جزاء على الصلح الذي يتم بعد فوات هذه المدة كما نقترح أيضا تحديد طبيعة هذه المدة خاصة مع نص المشرع في المادة ٥٠على أنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صداور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد فإذا كان المشرع يقصد بها مدة العدة كما نعتقد فهنا لا تجوزالمصالحة بعد انتهائها و بالتالي يكون المشرع قد فرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن و بعبارة أخرى يكون قد اعتبر أن رفع دعوى الطلاق من طرف الزوج هو طلاق رجعي و أن القاضي يجوز له خلال مدة ثلاثة أشهر المصالحة بين الطرفين و نقترح أيضا أن ينص في التعديل على أن القاضي عندما يحكم بالصلح فإن هذا الحكم يعتبر طلقة أولى تحتسب ضمن الطلقات الثلاثة التي يملكها الزوج على زوجته .
- فيما يخص نص المشرع في المادة٥٨ من ق.أ على أن تعتد المطلقة.......من تاريخ التصريح بالطلاق ، هنا نجد أن عبارة التصريح بالطلاق جاءت غامضة ، وعليه نقترح أن

- يتضمن التعديل بيان المقصود بالتصريح بالطلاق ، هل يقصد به تاريخ رفع الدعوى من الزوج أم تاريخ تصريح الزوج به أم تاريخ الحكم بالطلاق .
- فيما يخص المادة ٥٧ من ق.أ و التي تنص على أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للإستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، هنا نجد أن عبارة الأحكام بالطلاق جاءت واسعة إذ تشمل الطلاق بإرادة الزوج و التطليق ، وعليه ينبغي على المشرع تحديد ذلك ، وعموما هذه المسألة سوف تحل تلقائيا بتعديل نص المادة ٤٨ على النحو المذكور أعلاه ، حيث نكون حينها أمام الأحكام بالطلاق و التي يقصد بها فقط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و الأحكام بالتطليق .
- فيما يخص الطلاق العرفي حتى و إن قلنا أن المادة ٢٢٢ من ق،أ تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة إلا أن ذلك لا يكفي و عليه ينبغي على المشرع التدخل و النص صراحة على امكانية إثباته بأثر رجعي والنص كذلك على طرق إثباته و آثاره و كذا طرق الطعن فيه نظرا لخطورة آثاره على الصعيد القانوني بتغيير مركز الزوجين و من ثمة إقرار نتائج أخرى على هذا التغيير و خاصة فيما يتعلق بالإرث و صحة الزواج الثاني و الأخطر من ذلك هو وقوع الطلاق في حد ذاته دون أن ننسى الجانب الإجتماعي إذ يؤدي إلى تشتيت شمل الأسرة بأثر رجعي ، وتتعقد المسألة أكثر في حالة إنكار الزوج ، كما أن مسالة الأثر الرجعي في حد ذاتها تطرح إشكالا هذا بالإضافة إلى إشكالية استحقاق النفقة و نفقة العدة و غيرها من الحقوق المترتبة على وقوع الطلاق و لعل أخطر مسألة هي إثبات النسب .

و في الختام يمكن القول أن الطلاق وان كان حقا للزوج إلا أنه مكروه لذاته و محظور إلا لضرورة ، وعلى هذا الأساس ينبغي على المشرع تقنين هذه المسألة بدقة أكثر لأن الأسرة هي أساس المجتمع و بصلاحها يصلح المجتمع ، ومن ثمة وجب أن تكون الأحكام التي تحكمها واضحة وصريحة ولا يكتنفها أي غموض حفاظا على استقرار المعاملات و ضمانا لحقوق الزوجين و بصورة أخص حقوق الأولاد وهم الضحية الأولى والأخيرة و البريئة للطلاق .

الفهرس:

قائمة المراجع :

النصوص القانونية :

- الأمر رقم ١١/٨٤ المؤرخ في ٠٩ رمضان عام ١٤٠٤ الموافق ل: ٠٩ يونيو سنة ١٩٨٤ و المتضمن قانون الأسرة.
- الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرح في ٢٠ رمضان عام ١٣٩٥ الموافق ل ٢٦ سبتمبر١٩٧٥ و المتضمن القانون المدني.
- الأمر رقم ١٥٤/٦٦ المؤرخ في ١٨ صفر ١٣٨٦ الموافق ل ٨ يونيو ١٩٦٦ و المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
- الأمر رقم ٥٦/٦٦ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٣٨٦ الموافق ل ٨ يونيو ١٩٦٦ و المتضمن قانون العقوبات .
- الأمر رقم ٧٠-٢٠ المؤرخ في ١٩ /١٩٧٠/٠٢ المتعلق بالحالة المدنية .

الكتب الفقهية:

- فقه السنة ، السيد سابق ، المجلد الثاني ١٩٩٩، المكتبة العصرية ، صيدا بيروت.
- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع ، دار إحياء الثرات العربي ، بيروت ١٩٦٩.
- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، دمشق ، طبعة خاصة بالجزائر١٩٩٢.
- الإمام /محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربية ، القاهرة .
- محمد عزة دروزة ، المرأة في القرآن و السنة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت
- عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية ١٩٥١، بيروت.

الكتب القانونية :

- د/الغوثي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري ، الطبعة الثانية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠٠.
- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، القاهرة
- أ/ بوسقسعة أحسن ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية ، الطبعة الثالثة الديوان الوطني للأشغال التربوية ٢٠٠١ ص:١٣٢.
- أ/عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي ، مطبعة تالة ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- أ/عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، ٣٢ حي المجاهدين بن عكنون الجزائر.

- أ/عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ١٩٩٦.
- د/محمد عبد الخالق عمر ، قانون المرافعات ، طبعة ١٩٧٨.
- مفلح عواد القضاة ، البينات في المواد المدنية و التجارية ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، عمان ١٩٩٤.
- محمد عزمي البكري ، ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر و التوزيع ١٩٩٦.
- د/نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ١٩٨٦.
- -Gabriel Marty /Pierre Raymand . Droit civil . les persone sirez 1967 page614

Ghaouti Benmelha . Le droit algerien de la famille . office des publication universitaires 1993.

المجلات القضائية :

- المجلة القضائية لسنة ١٩٨٩ ، العدد الأول .
- المجلة القضائية لسنة ١٩٨٩ ، العدد الرابع.
- المجلة القضائية لسنة ١٩٩١ ، العدد الثالث .
- المجلة القضائية لسنة١٩٩٣ ، العدد الأول.
- المجلة القضائية لسنة ١٩٩٣، العدد الثالث .
- المجلة القضائية لسنة ١٩٩٤، العدد الأول .
- المجلة القضائية لسنة ١٩٩٤ ، العدد الثالث .
- المجلة القضائية لسنة ، العدد الأول .
- المجلة القضائية لسنة ٢٠٠١ ، عدد خاص بالإجتهاد االقضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

المحاضرات :

- محاضرة ملقاة على طلبة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة١٢ ، القاضية التونسية جويدة قيقة بتاريخ ٢٠٠٤/٠٢/١٢.
- محاضرات الأستاذ زودة عمر في قانون الإجراءات المدنية الملقاة على الطلبة القضاة الدفعة الثانية عشر، السنة الدراسية ٢٠٠٠/٢٠٠١.

<u>المجلات القانونية:</u>

– أ/ داود بن صالح ، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ، مجلة الموثق ، العدد الأول ، سنة ٢٠٠١.